

N° 00102-GPRC/2016

A	:	ANA MARIA GRANDA BECERRA GERENTE GENERAL
ASUNTO	:	EVALUACIÓN DEL CONTRATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE ENERGÍA ELÉCTRICA CELEBRADO ENTRE AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. Y LA EMPRESA DE ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA S.A.
FECHA	:	21 de marzo de 2016

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ESPECIALISTA COSTOS E INTERCONEXIÓN	MARIA ROCIO OCHOA LA TORRE
REVISADO POR	SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD	TATIANA MERCEDES PICCINI ANTON
APROBADO POR	GERENTE DE POLITICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA



I. OBJETO.

El objeto del presente informe es evaluar el contrato de compartición de infraestructura celebrado entre la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA), y la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. (en adelante, ADINELSA); con la finalidad de plantear las recomendaciones y acciones posteriores que resulten pertinentes.

II. ANTECEDENTES.

- Con fecha 17 de junio del 2014, AZTECA suscribió con el Estado Peruano el Contrato de Concesión del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Nacional Centro" (en adelante, Contrato de Concesión RDNFO), mediante el cual AZTECA se obligó a diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener la Red Dorsal Nacional y a Operar los Servicios señalados en dicho Contrato.
- ADINELSA es una empresa del Estado, bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, que realiza entre otros, la actividad de distribución eléctrica en el marco de lo dispuesto por la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.
- Con fecha 04 de marzo de 2015, AZTECA y ADINELSA suscribieron el contrato denominado "*Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica*" (en adelante, el Contrato), en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley N° 29904) y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.
- Mediante carta DJ-220/15 recibida el 10 de marzo de 2015, en observancia del artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904, AZTECA remitió al OSIPTEL el Contrato de Compartición de Infraestructura suscrito entre AZTECA y ADINELSA.

III. EVALUACIÓN.

3.1. Marco normativo aplicable.

La Ley N° 29904 (Ley de Banda Ancha) tiene por objeto impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y conocimiento.

De conformidad con lo previsto en el artículo 13.1 de la citada Ley, los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos deben proveer 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 Ancha¹.

¹ De conformidad con el artículo 4 de la Ley N° 29904, se entiende por "Banda Ancha" a la conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información



Cabe señalar que, de acuerdo al artículo 24 del Reglamento de la referida Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley N° 29904), se entiende por infraestructura a todo poste, ducto, conducto, cámara, torre, y derechos de vía e hilos de fibra óptica no usados, asociados a la prestación de servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de transporte y distribución de hidrocarburos.

Entre sus diversas disposiciones vinculadas a la compartición de infraestructura, el Reglamento de la Ley N° 29904 establece en su artículo 30, que la retribución económica por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica, será asumida por el operador de telecomunicaciones; así como también dispone en su artículo 31, sobre la responsabilidad frente a la afectación de los servicios de energía eléctrica, la cual será asumida por el operador de telecomunicaciones en caso sea imputable a éste; y en su artículo 32, establece las obligaciones de los operadores de telecomunicaciones en la instalación y desarrollo de infraestructura de manera compartida con la infraestructura eléctrica.

De otro lado, el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 establece que los contratos de acceso y uso de infraestructura suscritos en el marco de esta norma deberán ser remitidos al OSIPTTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión.

3.2. Aspectos más resaltantes del Contrato entre AZTECA y ADINELSA

a. Objeto (Cláusula Tercera).

El contrato tiene por objeto establecer las condiciones de acceso y uso no exclusivo de la infraestructura de soporte eléctrico de ADINELSA en favor de AZTECA, determinar la retribución mensual, y establecer el procedimiento a través del cual AZTECA efectuará los pedidos concretos de acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico de ADINELSA; para efectos de que AZTECA realice el tendido de cable de fibra óptica en la referida infraestructura, y de esta manera, dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por dicha empresa en el Contrato de Concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO).

b. Procedimiento para las solicitudes de acceso (Cláusula Cuarta).

Considera entre otros, los siguientes aspectos:

- En el Anexo 2 del contrato, AZTECA establece los Tramos que requerirá para la construcción de la RDNFO.
- En base a dichos tramos y al reconocimiento de campo, dicha empresa presentará a ADINELSA para su aprobación, las Rutas que requerirá, las que contendrán la relación completa de la infraestructura de soporte eléctrico que AZTECA requiere acceder, acompañado del respectivo sustento técnico.

multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales.



- En un plazo de 15 días hábiles ADINELSA debe aprobar u observar la solicitud de Rutas, las que contendrán como máximo 150 Km.
- Si dentro de este plazo AZTECA presentara solicitudes de Rutas que en su conjunto sobrepasen los 150 Km y/o considere en una sola solicitud de Ruta una extensión mayor a 150 Km, AZTECA contratará a un tercero a satisfacción de ADINELSA, para que este realice las actividades que dicha empresa disponga para la observación o aprobación de la solicitud, respecto de los kilómetros excedentes a los 150 Km solicitados.
- De existir observaciones, AZTECA deberá plantear soluciones a las mismas, a satisfacción de ADINELSA, quedando interrumpido el plazo indicado anteriormente. AZTECA podrá iniciar la instalación del cable de fibra óptica en las Rutas no observadas.
- En caso de que alguna Ruta se encuentre bajo administración de terceras empresas, el plazo para la aprobación u observación por parte de ADINELSA se extenderá en 15 días hábiles adicionales.
- Una vez aprobadas las Rutas formarán parte del contrato, a través de la suscripción de una Addenda, para lo cual AZTECA tendrá un plazo máximo de 10 días calendario para la elaboración, suscripción y remisión a ADINELSA, del anexo correspondiente a cada Ruta aprobada.
- La evaluación de la aprobación, observación y/o denegatoria de la solicitud se sujetará a los criterios establecidos en la Ley N° 29904 y su Reglamento.
- Los términos y condiciones técnicas para el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico se regirán por el contrato y sus anexos, y se producirá a partir de la aprobación de las Rutas.
- AZTECA podrá plantear modificaciones a los Tramos (anexo 2 del contrato) en caso de que el Contrato de Concesión de la RDNFO sea modificado, cuya incorporación será de manera automática con la sola presentación de una comunicación formal por parte de AZTECA, respecto de lo cual podrá solicitar la aprobación de nuevas Rutas.

c. Normas que rigen el Contrato (Cláusula Quinta).

Las condiciones generales de acceso y uso se regirán por las disposiciones de la Ley N° 29904 y su Reglamento, el Código Nacional de Electricidad, Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos Rurales y demás normas eléctricas que resulten aplicables. También son de observancia obligatoria las Normas Técnicas internas de ADINELSA, en cuantos a procedimientos de instalación, operación y mantenimiento en redes de distribución primaria y secundaria, incluidos como Anexo 1 del contrato. Asimismo, para el tendido del cable de fibra óptica en la infraestructura de soporte eléctrico, AZTECA deberá cumplir con la normativa del sector telecomunicaciones que resulte aplicable.

d. Contraprestaciones (Cláusula Sexta).

- El acceso y uso de la infraestructura será remunerada por AZTECA mediante el pago de contraprestaciones mensuales y la inversión incremental, cuyos montos serán calculados siguiendo la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, u otra que la sustituya o modifique.
- ADINELSA emitirá facturas independientes por cada Ruta aprobada. La contraprestación mensual empezará a computarse y a facturarse a partir de la fecha



de comunicación de la aprobación por parte de ADINELSA que incorpora cada Ruta al contrato.

- Las contraprestaciones serán determinadas por ADINELSA una vez aprobada la Ruta, y enviadas a AZTECA con el sustento correspondiente a fin de que dicha empresa, en el plazo máximo de 2 días hábiles, remita sus observaciones a la facturación enviada, de ser el caso.
- El pago de las facturas emitidas deberá ser pagado por AZTECA dentro de los 15 días calendario, a partir de la fecha de recepción de la misma en su domicilio.
- Los valores de las contraprestaciones mensuales serán ajustados de forma automática cada vez que varíen los componentes de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.
- AZTECA pagará las contraprestaciones mensuales y la inversión incremental a una cuenta bancaria proporcionada por ADINELSA. En caso no se proceda con el pago dentro del plazo establecido, quedará constituida una 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 BCRP, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

e. Plazo del Contrato (Cláusula Séptima).

El contrato tendrá vigencia de 01 año y se renovará automáticamente de forma sucesiva en la medida que el Contrato de Concesión de la RDNFO se mantenga vigente.

f. Seguridad de las instalaciones (Cláusula Novena).

- AZTECA se obliga a cumplir estrictamente las indicaciones de seguridad dadas por ADINELSA, y de ser el caso, las indicaciones de terceras empresas que administren la infraestructura de ADINELSA; así como cumplir las disposiciones del Código Nacional de Electricidad, el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo con Electricidad, y demás que resulten aplicables.
- En caso de incumplimiento de las citadas disposiciones, AZTECA deberá asumir en el plazo que le señale ADINELSA, cualquier multa y/o penalidad que se imponga a ADINELSA y/o a terceras empresas que administren la infraestructura de dicha empresa, siempre que se pruebe que dicha multa y/o penalidad sea imputable a AZTECA.
- Cualquier sanción, multa o responsabilidad de orden administrativo (Municipalidades, SUNAT, OSINERGMIN, etc.), civil o penal, derivadas del incumplimiento de las disposiciones antes señaladas, será de responsabilidad de AZTECA, siempre que se pruebe que la causa que las originó sea directamente imputable a dicha empresa.
- ADINELSA nombrará a un técnico encargado de la verificación del cumplimiento por parte de AZTECA, de las obligaciones contraídas en el contrato.
- El personal de AZTECA deberá cumplir con las reglas de seguridad del sector eléctrico y contar con los implementos y equipos personales de protección.



g. Acceso a la infraestructura por terceros y utilización indebida (Cláusulas Décima y Undécima).

- ADINELSA se reserva el derecho a arrendar y/o ceder en uso a terceros la infraestructura de soporte eléctrico objeto del contrato, siempre que ello no se contraponga con los fines de dicho contrato y que no se exceda las cargas o esfuerzos máximos permitidos para la infraestructura de soporte eléctrico.
- Se aplicarán penalidades a AZTECA cuando se detecte que dicha empresa usa infraestructura de soporte eléctrico de propiedad de ADINELSA, sin contar previamente con la aprobación respectiva.
- La afectación por parte de AZTECA o de sus contratistas, de la infraestructura de soporte eléctrico de propiedad de ADINELSA, será materia de restitución y aplicación de penalidades.

h. Supervisión (Cláusula Duodécima).

- ADINELSA por intermedio de su personal técnico, se reserva el derecho de supervisar en forma permanente, sin necesidad de previo aviso, las instalaciones y conexiones que haya efectuado AZTECA.
- AZTECA contratará directamente a un supervisor (persona natural o jurídica de reconocido prestigio), a satisfacción de ADINELSA, que siguiendo las instrucciones exclusivas de esta última (o de una tercera empresa que administre la infraestructura de ADINELSA, de ser el caso), se encargue de efectuar la supervisión de los trabajos ejecutados por AZTECA en la infraestructura de soporte eléctrico de las Rutas aprobadas, debiendo remitir a ADINELSA (o a la tercera empresa, de ser el caso), un informe con el resultado de la referida supervisión.
- En caso el referido informe concluya que las instalaciones efectuadas por AZTECA ponen en riesgo la infraestructura de soporte eléctrico y el servicio que brinda ADINELSA (o la tercera empresa, de ser el caso), AZTECA contará con un plazo no mayor a 48 horas de comunicado el hecho, para presentar una propuesta de solución a satisfacción de ADINELSA (o la tercera empresa, de ser el caso).
- Transcurrido dicho plazo sin una propuesta de solución satisfactoria, ADINELSA (o la tercera empresa, de ser el caso) quedará facultada para contratar, bajo cuenta y costo de AZTECA, a una empresa que realice los trabajos que resulten necesarios para dar solución a la situación presentada.
- AZTECA deberá reembolsar dicho costo en un plazo no mayor de 30 días calendario.

i. Obligaciones de ADINELSA (Cláusula Décimo Tercera).

Entre las principales obligaciones que asume ADINELSA como resultado de la suscripción del contrato, se deben señalar entre otras, las siguientes:

- Entregar a la suscripción del contrato, sus normas técnicas internas.
- Proporcionar a AZTECA la planimetría de los Tramos, y a solicitud de AZTECA, la información necesaria para el análisis de carga de alguna estructura en particular.
- Proporcionar a AZTECA la información de identificación de la infraestructura de soporte eléctrico que tenga disponible.



- Velar porque sus trabajadores o contratistas no afecten el cable de fibra óptica instalada por AZTECA, así como permitir la desinstalación de la misma por parte de AZTECA cuando sea requerido.
- Remitir a AZTECA dentro de los 15 días calendario de lo solicitado, copia de la documentación respecto de las servidumbres con las que cuente y que impacten en las Rutas aprobadas.
- Remitir a AZTECA dentro de los 15 días calendario de lo solicitado, copia de la documentación relacionada con las obligaciones de índole ambiental asumidas por ADINELSA, que tengan relación con las Rutas aprobadas.

j. Obligaciones de AZTECA (Cláusula Décimo Cuarta).

Entre las principales obligaciones que asume AZTECA como resultado de la suscripción del contrato, se deben señalar entre otras, las siguientes:

- Cumplir con el Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas aplicables en la instalación y demás que resulten aplicables al presente caso.
- Coordinar previamente y obtener la autorización respectiva, en relación a todas las actividades que pretenda realizar en la infraestructura de soporte eléctrico.
- Reparar o reponer por el valor comercial los bienes de ADINELSA que resulten dañados por causas imputables a AZTECA.
- Velar por la seguridad de las personas y de las propiedades que puedan ser afectadas por el acceso y empleo de la infraestructura de soporte eléctrico.
- Asumir el costo de las indemnizaciones y/o compensaciones que ADINELSA deba pagar por fallas y/o interrupciones del servicio, por causas imputables a AZTECA.
- Mantener indemne a ADINELSA respecto de demandas, reclamaciones o quejas a causa de accidentes o incidentes por la instalación de la fibra óptica en la infraestructura de soporte eléctrico.
- Asumir de manera exclusiva el costo de la reconexión y/o reinstalación de apoyos en la infraestructura de soporte eléctrico que sean requeridos para la instalación de la fibra óptica, previa conformidad de ADINELSA.
- Utilizar únicamente la infraestructura de soporte eléctrico que haya sido autorizada, y exclusivamente para el uso señalado en el objeto del contrato.
- Obtener por su cuenta, costo y riesgo, las servidumbres adicionales que resulten necesarias.

k. Cobertura de daños (Cláusula Décimo Quinta).

- Si por causas imputables a AZTECA (o por terceros contratados por esta), se produjeran daños y/o perjuicios a la infraestructura de soporte eléctrico u otras instalaciones de ADINELSA, y/o a terceras personas y/o propiedades públicas o privadas, AZTECA se compromete a reembolsar e indemnizar los daños y perjuicios causados.
- Si por causas imputables a AZTECA, ADINELSA tuviera que pagar compensaciones, multas, penalidades o cualquier tipo de sanción, éstas serán asumidas por AZTECA, para lo cual ADINELSA le remitirá las facturas por dichos conceptos acompañada de los sustentos correspondientes, la que deberá ser cancelada en un plazo de 30 días calendario.



- Si AZTECA tuviera observaciones respecto de dichas facturas, deberá formularlas en un plazo máximo de 5 días hábiles, con el sustento correspondiente.
- En caso no se proceda con el pago dentro del plazo establecido, quedará constituida una mora automática, y deberá pagar los intereses compensatorios y moratorios máximos autorizadas por el BCRP desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago. ADINELSA cargará el importe adeudado, incluido los intereses devengados, en la siguiente factura a emitirse por concepto de la retribución mensual.
- AZTECA deberá contar con una cobertura de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) en cumplimiento del Decreto Supremo N° 003-98-SA y las normas que lo complementen, modifiquen o sustituyan, que asegure a la totalidad de sus trabajadores y de terceros contratados, que participen en las actividades derivadas de la ejecución del contrato.
- Las partes quedan liberadas de cualquier responsabilidad por eventos o hechos fortuitos o de fuerza mayor, no imputables a las partes.

I. Comité Técnico (Cláusula Vigésima).

- Dentro de los 15 días calendario siguientes a la firma del contrato, las partes conformarán un Comité Técnico, integrado por dos representantes de cada una de ellas.
- El Comité Técnico tendrá funciones ejecutoras y estará encargado de estudiar, analizar y programar la totalidad de asuntos operacionales y técnicos involucrados en la ejecución del presente contrato.
- En caso se requiera adoptar nuevos acuerdos que modifiquen, amplíen o tengan efectos sobre el objeto del contrato, formulará recomendaciones a sus representantes legales para que adopten las determinaciones que resulten pertinentes.

m. Régimen de Penalidades (Cláusula Vigésimo Primera).

- Si AZTECA: (i) causara daños a la infraestructura de soporte eléctrico o a ADINELSA como consecuencia de hechos directamente atribuibles a AZTECA, o de sus contratistas, (ii) o si por acciones u omisiones directas de AZTECA se produjeran afectaciones a la prestación del servicio eléctrico, (iii) o si AZTECA obstaculiza reiterada e injustificadamente la labor supervisora de ADINELSA; AZTECA asumirá el pago por un importe equivalente al valor de restitución de la infraestructura eventualmente dañada y/o utilizada de forma incorrecta, más el pago de una penalidad equivalente a 5 UIT por cada inconducta señalada anteriormente.
- Si AZTECA incumple con las obligaciones pactadas y AZTECA no cesara o reparara dicha situación, AZTECA asumirá el pago de una penalidad equivalente a dos veces el importe de la contraprestación que correspondía pagar a AZTECA durante el periodo de la afectación, adicional a la renta en deuda.
- Si AZTECA colocara o utilizara la infraestructura de soporte eléctrico, sin cumplir con las especificaciones técnicas contenidas en el Anexo 1 (Normas técnicas internas de ADINELSA) y el Anexo 3 (Manual de instalación de fibra óptica elaborado por AZTECA) del contrato, o sin tener la autorización previa de ADINELSA (o la tercera empresa, de ser el caso), AZTECA asumirá el pago de una penalidad equivalente a 15 UIT.



- Si AZTECA modificara la infraestructura de soporte eléctrico, generando un cambio en esta que no se sustente en el Anexo 3 del contrato y configure una vulneración a las normas contenidas en el Anexo 1 o sus modificatorias, sin tener la autorización previa de ADINELSA (o la tercera empresa, de ser el caso), AZTECA asumirá el pago de una penalidad equivalente a 25 UIT.
- ADINELSA estará facultada a notificar por vía notarial a AZTECA la ocurrencia de los supuestos ante sindicatos, debiendo AZTECA asumir las penalidades señaladas.
- AZTECA deberá pagar el monto correspondiente dentro de los 15 días hábiles de recibida la factura en su domicilio. En caso no se proceda con el pago dentro del plazo establecido, quedará constituida una mora automática, y deberá pagar los intereses compensatorios y moratorios máximos autorizadas por el BCRP desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

n. Resolución del Contrato (Cláusula Vigésimo Segunda).

Las Partes podrán resolver el contrato mediante comunicación escrita en caso se configure alguno de los siguientes supuestos:

- En caso de incumplimiento de las obligaciones que las Partes adquieren en el contrato, la parte perjudicada podrá requerir a la otra para que satisfaga su prestación dentro del plazo de quince (15) días calendario, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato quedará resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo de la parte que incumplió el pago de la indemnización de daños y perjuicios.
- Decisión de autoridad competente.
- Mutuo acuerdo de las Partes.
- Decisión unilateral de AZTECA de suspender el uso de la infraestructura eléctrica.
- Cuando se produzca, por cualquier causa, la caducidad de la concesión, salvo se resuelva la continuación de este mediante la sesión de la posición contractual al MTC o a un nuevo concesionario.

o. Cesión de posición contractual (Cláusula Vigésimo Cuarta).

- En caso se produzca la caducidad del Contrato de Concesión de la RDNFO, ADINELSA da su conformidad irrevocable a la sesión de la posición contractual de AZTECA a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), o de cualquier concesionario que reemplace a AZTECA a la sola comunicación del MTC mediante carta notarial, de conformidad con lo establecido en el artículo 1435 del Código Civil.

p. Ley aplicable y Jurisdicción (Cláusula Vigésimo Quinta y Vigésimo Sexta).

- Si los desacuerdos entre ambas empresas no pudieran ser resueltos dentro de los 10 días hábiles de presentada la solicitud escrita por una de las partes, para una solución amigable, la controversia será resuelta mediante un arbitraje de derecho realizado con sujeción al contrato y de conformidad con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, salvo acuerdo de las partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia.



- Cada parte designará un árbitro, y estos a su vez designará un tercer árbitro. El Laudo arbitral será inapelable, vinculante y concluyente. Los costos del arbitraje serán asumidos por quienes determinen los árbitros.
- Las Partes establecen que el contrato se regirá por la Ley vigente en la República del Perú. En lo que no se encuentre previsto en el contrato se aplicarán supletoriamente las normas previstas en el Código Civil.

3.3 Evaluación del Contrato suscrito entre AZTECA y ADINELSA.

El contrato fue suscrito el 04 de marzo de 2015 y presentado al OSIPTEL el 10 de marzo de 2015, dentro del plazo máximo de cinco (05) días hábiles establecido en el numeral 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904.

A. Supervisión del contrato por parte del OSIPTEL.

De la revisión del contrato en atención a las disposiciones de la Ley N° 29904 y su Reglamento, es posible advertir que, en términos generales, el contrato es consistente con la obligación del operador de telecomunicaciones de retribuir económicamente al concesionario de energía eléctrica por el acceso y uso de su infraestructura, así como con la responsabilidad legal que debe asumir aquél en caso de producirse afectaciones al servicio de energía eléctrica, cuando le sean imputables.

Ahora bien, en tanto el artículo 25.2 del Reglamento de la Ley N° 29904 establece que el OSIPTEL supervisa los contratos celebrados en el marco de la referida Ley, corresponde remitir el contrato en cuestión a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (en adelante, GFS), en concordancia con lo dispuesto por el artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL², aprobado por Decreto Supremo N° 104-2010-PCM (en adelante, ROF del OSIPTEL); a efectos que adopte las acciones que considere pertinentes.

Asimismo, se recomienda a la GFS evaluar entre otros, los siguientes aspectos del citado Contrato:

A.1 Costos de Evaluación para Rutas de más de 150 Km.

En la **cláusula cuarta** del Contrato, las partes han acordado el procedimiento para el acceso a la infraestructura de ADINELSA, tal como se detalló en el literal “b” del numeral 3.2 del presente informe. En dicha cláusula se señala, que si AZTECA presentara solicitudes de Rutas que en su conjunto sobrepasen los 150 Km. y/o considere en una sola solicitud de Ruta una extensión mayor a 150 Km., AZTECA contratará a un tercero a satisfacción de ADINELSA, para que este realice las actividades que dicha empresa disponga para la observación o aprobación de la solicitud, respecto de los kilómetros excedentes a los 150 Km. solicitados.

² “Artículo 39°.- Finalidad. La Gerencia de Fiscalización y Supervisión es el órgano de línea que supervisa y promueve el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL, a nivel nacional.

Asimismo, se encarga de emitir medidas preventivas, recomienda la imposición de medidas correctivas y cautelares, así como, realiza la labor de órgano instructor en los procedimientos administrativos sancionadores que sean de competencia de la Gerencia General, en primera instancia administrativa.”



Al respecto, se considera necesario mencionar que en el artículo 13 de la Ley N° 29904, en su numeral 13.4, literal b, se señala que ***“El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una **contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura**, así como contraprestaciones periódicas que **remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable.**”*** (Lo resaltado es nuestro)

De manera complementaria, en el artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904 se establece lo siguiente:

“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.

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 referido Anexo 1 señala de manera específica, que la contraprestación única deberá cubrir la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma, precisando además lo siguiente:

- La inversión incremental para la adecuación de la infraestructura será pagada en su totalidad en el período de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada.
- Los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionarán a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura.
- La tarifa que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.
- El pago de la adecuación será asumido por los concesionarios de telecomunicaciones, de forma proporcional. En el caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas.

Como se puede observar, la citada norma no ha previsto un cobro independiente por concepto de evaluación de expedientes para su aprobación u observación, dependiendo de la extensión en Km. de cada Ruta.

En efecto, con la finalidad de generar predictibilidad y reducir los costos de transacción, el marco normativo ha definido todos los precios aplicables en una relación de acceso como la presente, razón por la cual, resulta inaplicable incorporar conceptos de costos ajenos a los establecidos en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, como lo que implicaría la contratación de un tercero para realizar actividades requeridas por ADINELSA para la observación o aprobación de solicitudes de determinadas Rutas, respecto de los kilómetros excedentes, en los casos que dichas Rutas sobrepasen los 150 Km.



A.2 Inicio de la facturación de la contraprestación mensual.

Al respecto, se debe hacer mención a lo señalado por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, el cual textualmente señala que:

*“La contraprestación total por el acceso y uso deberá considerar dos componentes: una contraprestación única que cubra la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma y **una contraprestación mensual por el acceso y uso a la misma.** (El resaltado es nuestro)
(...)”*

En efecto, como se indica, la referida contraprestación remuneraría el acceso y uso de dicha infraestructura, por lo que hacer exigible el pago de la contraprestación mensual desde antes del acceso y uso de la misma, resultaría contradictorio con los fundamentos que sustentan la exigibilidad de dicha contraprestación.

Asimismo, la fecha de aprobación de Ruta sólo habilita el inicio de los trabajos de instalación en campo, es decir, a partir de dicha fecha AZTECA podría iniciar los trabajos de instalación de fibra óptica, pero no necesariamente dicha fecha coincidirá con el acceso y uso efectivo de la infraestructura de soporte eléctrico, ya que podrían presentarse eventualidades ajenas a dicho operador, por lo que la fecha de aprobación de Ruta no debe ser tomada como referencia para hacer exigible el pago de la contraprestación mensual.

De esta manera, la contraprestación mensual por el acceso y uso a la infraestructura de ADINELSA, deberá comenzar a computarse y, consecuentemente a facturarse, a partir del día en que se inicie el tendido de la fibra óptica en el primer poste o torre de cada una de las rutas aprobadas, y por el número de postes o torres efectivamente utilizados en cada una de dichas rutas.

En consecuencia, si bien AZTECA no se encuentra obligada a aceptar que la retribución mensual se empiece a computar y a facturar a partir de la fecha de comunicación de



aprobación de cada Ruta por parte de ADINELSA, sino que ello debería ser a partir del día en que se inicie efectivamente el tendido de la fibra óptica en el primer poste o torre en cada una de las rutas aprobadas, se encuentra dentro del ámbito de la libertad contractual de AZTECA acordar con el concesionario eléctrico lo pactado respecto de la fecha en que la retribución mensual se empezará a computar y a facturar.

A.3 Costos de Supervisión de ADINELSA asumidos por AZTECA.

En la **cláusula duodécima** del Contrato, las partes han acordado que AZTECA contratará directamente a un supervisor (persona natural o jurídica de reconocido prestigio), a satisfacción de ADINELSA, que siguiendo las instrucciones exclusivas de esta última (o de una tercera empresa que administre la infraestructura de ADINELSA, de ser el caso), se encargue de efectuar la supervisión de los trabajos ejecutados por AZTECA en la infraestructura de soporte eléctrico de las Rutas aprobadas, debiendo remitir a ADINELSA (o a la tercera empresa, de ser el caso), un informe con el resultado de la referida supervisión, tal como se detalló en el literal “h” del numeral 3.2 del presente informe.

Adicionalmente, en la misma cláusula del Contrato se señala que ADINELSA por intermedio de su personal técnico, se reserva el derecho de supervisar en forma permanente, sin necesidad de previo aviso, las instalaciones y conexiones que haya efectuado AZTECA.

Al respecto, se considera necesario mencionar que en el artículo 13 de la Ley N° 29904, en su numeral 13.4, literal b, se señala que **“El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una *contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura*, así como contraprestaciones periódicas que *remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable.*”** (Lo resaltado es nuestro)

De manera complementaria, en el artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 29904 se establece lo siguiente:

“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.

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 referido Anexo 1 señala de manera específica, que la contraprestación única deberá cubrir la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma, y respecto del pago periódico, señala que éste está definido como el precio que retribuye la operación y mantenimiento incremental atribuible a cada operador de telecomunicaciones más un margen de utilidad razonable.



Cabe también señalar, que en lo que respecta a las actividades destinadas al despliegue de la red, conforme a su Contrato de Concesión y a las bases del concurso, incluyendo sus anexos (entre ellos, las especificaciones técnicas), AZTECA tiene la responsabilidad de ejecutar todas las actividades e inversiones relacionadas con el diseño y despliegue de la red de fibra óptica, lo que incluye asumir los costos de elaborar toda la documentación con la información relacionada a dicho despliegue, la cual debe ser revisada y aprobada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, previa evaluación del Supervisor de Obra designado. De otro lado, dicho Supervisor de Obra tiene como obligación general, el realizar el seguimiento y monitoreo de las actividades de planificación y diseño de ingeniería, instalación, pruebas, estabilización y puesta en servicio, que AZTECA desarrolle, incluyendo la evaluación de los informes y documentos de planificación y diseño de ingeniería. En consecuencia, la empresa que brinda servicios de energía eléctrica no está obligada a realizar ninguna actividad relacionada con la supervisión de trabajos de campo respecto del despliegue de la red de fibra óptica.

En ese entendido, el marco legal vigente y los contratos suscritos por el Estado con AZTECA y con otras entidades (Supervisor de Obras) ya han especificado y designado a todos los agentes y sus responsabilidades para garantizar el cumplimiento de todas las actividades relacionadas con el despliegue de la infraestructura, de tal forma que ésta se desarrolle conforme la normativa en general, incluyendo el cumplimiento de las normas técnicas del sector eléctrico; agentes entre los cuales no están incluidas las empresas que brindan servicios de energía eléctrica.

Adicionalmente, ADINELSA cuenta con el derecho de supervisar en forma permanente, sin necesidad de previo aviso, las instalaciones y conexiones que haya efectuado AZTECA, es preciso señalar que el concesionario eléctrico debe monitorear permanentemente el buen funcionamiento de su red de energía, como parte de la gestión ordinaria de la misma. Si en las verificaciones ADINELSA observa alguna situación que amerita actuación preventiva o correctiva por parte del operador de telecomunicaciones, debe comunicárselo para que éste actúe en un plazo razonable.

Es así que, resulta inaplicable e innecesario generar un concepto de costos adicional a los establecidos en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, como lo es la contratación de un supervisor, a satisfacción de ADINELSA, que siguiendo las instrucciones exclusivas de dicha empresa, se encargue de supervisar los trabajos de instalación de fibra óptica por parte de AZTECA, de manera adicional a lo realizado por el Supervisor de Obras contratado para dicho fin, cuyo costo es asumido por AZTECA, según lo establecido en su contrato de concesión; y de manera adicional a las labores de supervisión que ADINELSA debe realizar de manera permanente como concesionario del servicio público de energía eléctrica. No obstante, queda a salvo el derecho de las partes a realizar actividades de supervisión adicionales que consideren necesarias, siempre que éstas sean realizadas bajo su propio costo.

En consecuencia, si bien AZTECA no se encuentra obligada a pagar de manera adicional conceptos de costos distintos de los establecidos en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 -como lo constituye el asumir el costo de contratar a un supervisor que reporte directamente a ADINELSA-, se encuentra dentro del ámbito de la libertad contractual de AZTECA acordar con el concesionario eléctrico el pago del referido concepto adicional.



A.4 Cobertura de daños por causas imputables a AZTECA y pago de multas.

En la **cláusula décimo quinta** del Contrato, las partes han acordado que si por causas imputables a AZTECA (o por terceros contratados por esta), se produjeran daños y/o perjuicios a la infraestructura de soporte eléctrico u otras instalaciones de ADINELSA, y/o a terceras personas y/o propiedades públicas o privadas, AZTECA se compromete a reembolsar e indemnizar los daños y perjuicios causados. Asimismo, dicha cláusula señala que, si por causas imputables a AZTECA, ADINELSA tuviera que pagar compensaciones, multas, penalidades o cualquier tipo de sanción, éstas serán asumidas por AZTECA, para lo cual ADINELSA le remitirá las facturas por dichos conceptos acompañada de los sustentos correspondientes, la que deberá ser cancelada en un plazo de 30 días calendario, tal como se detalló en el literal “k” del numeral 3.2 del presente informe.

En dicha cláusula se señala también que, en caso no se proceda con el pago dentro del plazo establecido, quedará constituida una mora automática, y deberá pagar los intereses compensatorios y moratorios máximos autorizadas por el BCRP desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago, en cuyo caso, ADINELSA cargará el importe adeudado, incluido los intereses devengados, en la siguiente factura a emitirse por concepto de la retribución mensual.

Al respecto, en el Contrato de Concesión de la RDNFO, se observa en su Sección VII – Régimen de Seguros, que AZTECA ha asumido con el Estado Peruano la obligación de tomar y mantener vigentes diferentes pólizas de seguros, entre ellas, una que cubre los riesgos por posibles daños y/o perjuicios que le sean asignados durante el despliegue de la RDNFO, los que serán cubiertos por el Seguro de Responsabilidad Civil, en la condición de ADINELSA como tercero respecto del Contrato de Concesión de la RDNFO.

De otro lado, respecto de la imposición de compensaciones, multas, penalidades o cualquier tipo de sanción, por causas imputables a AZTECA, el artículo 13, numeral 13.4, literal c, de la Ley N° 29904, concordado con el artículo 31 del Reglamento de la Ley N° 29904, referido a la responsabilidad frente a la afectación de los servicios de energía eléctrica o de hidrocarburos, señala que de producirse alguna afectación a los servicios de energía eléctrica o de hidrocarburos por causa imputable al Operador de Telecomunicaciones, éste asumirá las responsabilidades legales que resulten aplicables, es decir, se entiende también que debe asumir el pago de las multas y/o penalidades que pudieran corresponder.

En ese sentido, en cumplimiento de la Ley N° 29904 y su Reglamento, ADINELSA no debería asumir ninguna multa o penalidad vinculada a la prestación del servicio de energía eléctrica, que se derive de algún acto imputable a AZTECA. Inclusive, de generarse algún perjuicio para ADINELSA por alguna eventual atribución de responsabilidad por acto de AZTECA, el mismo estaría cubierto por el Seguro de Responsabilidad Civil antes señalado.

De esta manera, respecto de la referida cláusula, deben considerarse aplicable al Contrato, las pólizas de seguro que AZTECA tiene constituida como parte de las



obligaciones asumidas a consecuencia de la suscripción de su Contrato de Concesión de la RDNFO.

En consecuencia, si bien AZTECA no se encuentra obligada a aceptar que ADINELSA le remita facturas por conceptos de compensaciones, multas, penalidades o cualquier tipo de sanción, y que éstas deberán ser canceladas en un plazo de 30 días calendario, sino que para coberturar posibles daños por causas imputables a AZTECA debería ser aplicable un mecanismo de garantías, considerando las pólizas de seguro que AZTECA tiene constituida como parte de las obligaciones asumidas a consecuencia de la suscripción de su Contrato de Concesión de la RDNFO; se encuentra dentro del ámbito de la libertad contractual de AZTECA acordar con el concesionario eléctrico lo pactado respecto de la remisión de facturas por parte de ADINELSA por conceptos de compensaciones, multas, penalidades o cualquier tipo de sanción.

A.5 Aplicación de penalidades.

En la **cláusula vigésimo primera** del Contrato, las partes han acordado el mecanismo de penalización que rige dicho Contrato, tal como se detalló en el literal “m” del numeral 3.2 del presente informe. En dicha cláusula se establecen penalidades expresadas en UITs para los siguientes eventos:

EVENTO	PENALIDAD
(i) Si AZTECA causara daños a la infraestructura de soporte eléctrico o a ADINELSA como consecuencia de hechos directamente atribuibles a AZTECA, o de sus contratistas, o (ii) Si por acciones u omisiones directas de AZTECA se produjeran afectaciones a la prestación del servicio eléctrico , o (iii) Si AZTECA obstaculiza reiterada e injustificadamente la labor supervisora de ADINELSA.	AZTECA asumirá el pago por un importe equivalente: a. Al valor de restitución de la infraestructura eventualmente dañada y/o utilizada de forma incorrecta, b. Más el pago de una penalidad equivalente a 5 UIT por cada conducta señalada.
Si AZTECA incumple con las obligaciones pactadas y AZTECA no cesara o reparara dicha situación.	AZTECA asumirá el pago de dos veces el importe de la contraprestación que correspondía pagar a AZTECA durante el periodo de la afectación, adicional a la renta en deuda.
Si AZTECA colocara o utilizara la infraestructura de soporte eléctrico, sin cumplir con las especificaciones técnicas contenidas en el Anexo 1 (Normas técnicas internas de ADINELSA) y el Anexo 3 (Manual de instalación de fibra óptica elaborado por AZTECA) del contrato, o sin tener la autorización previa de ADINELSA.	AZTECA asumirá el pago de una penalidad equivalente a 15 UIT



Si AZTECA **modificara la infraestructura** de soporte eléctrico, generando un cambio en esta que **no se sustente en el Anexo 3** del contrato y configure una vulneración a las normas contenidas en el Anexo 1 o sus modificatorias, **sin tener la autorización previa** de ADINELSA.

AZTECA asumirá el pago de una penalidad equivalente a **25 UIT**

Asimismo, las partes han pactado que ADINELSA estará facultada a notificar por vía notarial a AZTECA la ocurrencia de los supuestos ante sindicatos, debiendo AZTECA asumir las penalidades señaladas; y que AZTECA deberá pagar el monto correspondiente dentro de los 15 días hábiles de recibida la factura en su domicilio. En caso no se proceda con el pago dentro del plazo establecido, quedará constituida una mora automática, y deberá pagar los intereses compensatorios y moratorios máximos autorizadas por el BCRP desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

Sobre el particular, es preciso señalar que la suscripción del Contrato de Concesión de la RDNFO entre el Estado Peruano y AZTECA, se enmarca en las políticas de Estado para favorecer y facilitar la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento. Para ello, se emitió la Ley N° 29904, con el propósito de impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, a través de la implementación de la RDNFO, diseñada en base al tendido de fibra óptica.

No obstante, el despliegue de esta red de transporte se ve condicionada por las características particulares que poseen todas las industrias de redes (como la de telecomunicaciones o energía), en donde el nivel de la inversión necesaria para la provisión de sus servicios hace inviable, desde el punto de vista técnico o económico, la duplicidad de algunos segmentos de sus redes. Esta situación limita dicho despliegue, y condiciona el mismo a la eficacia de medidas que promuevan que los nuevos operadores puedan acceder a las redes desplegadas de otros operadores ya establecidos.

En esa línea, el marco normativo aplicable, trata de garantizar, considerando la situación particular para este tipo de despliegues, que los operadores puedan hacer uso de la infraestructura de soporte y facilidades de otros operadores bajo condiciones (de precios, calidad y oportunidad) que les permitan brindar sus servicios adecuadamente, a la par que estos operadores ven retribuida su inversión y sus demás costos económicos. Habiéndose declarado por ello, de necesidad pública e interés nacional: (i) el despliegue de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, y (ii) el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica con la finalidad de facilitar dicho despliegue.

Es así que, la Ley N° 29904 establece específicamente las retribuciones aplicables por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, señalándose que 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. De manera complementaria, el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 precisa que la contraprestación única deberá cubrir la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma; y respecto del pago periódico, señala que éste está definido como el precio que retribuye la operación y mantenimiento incremental atribuible a cada operador de telecomunicaciones más un margen de utilidad razonable. Los referidos marcos normativos no consideran la aplicación de penalidades como parte de las condiciones de acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, sino que considera otros mecanismos para garantizar posibles riesgos, los cuales AZTECA ha implementado como parte de la ejecución de su Contrato de Concesión de la RDNFO.

En efecto, de la revisión del referido Contrato de Concesión de la RDNFO, se observa en su Sección VII – Régimen de Seguros, que AZTECA ha asumido con el Estado Peruano la obligación de tomar y mantener vigentes diferentes pólizas de seguros, entre ellas, del Seguro por Responsabilidad Civil (Clausula 38.1 del Contrato de Concesión RDNFO), que tiene las siguientes características³:

- Cubre cualquier daño, pérdida o lesión que pudiere sobrevenir a bienes de terceros o a terceros a causa de cualquier acción del Concesionario, sus contratistas, subcontratistas, sus funcionarios y/o dependientes, en relación con la ejecución del Contrato de Concesión RDNFO. El Concedente (Ministerio de Transportes y Comunicaciones), debe figurar como asegurado adicional. En ese sentido, en tanto ADINELSA califica como un tercero respecto de la relación entre AZTECA y su concedente, la póliza de seguro en cuestión, cubriría cualquier eventual daño, pérdida o lesión que AZTECA ocasione a ADINELSA.
- Cuenta con, al menos, las siguientes coberturas de responsabilidad civil por (i) las actividades relacionadas con el contrato (RC contractual); por construcción; por filtración, polución o contaminación súbita, imprevista y accidental; patronal, incluyendo trabajos en altura y/o subterráneos; cruzada; y de vehículos motorizados.
- La suma asegurada inicialmente es de US\$ 500,000 (quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América), que debe ser reemplazada según el monto de valorización que arroje el estudio de riesgo que, a cargo de una empresa especializada de reconocido prestigio internacional, haya determinado la máxima pérdida probable que pueda ser causada producto de los siniestros que ocurran y que estarán cubiertos por la póliza bajo análisis (concordado con la Cláusulas 37.4 y 37.7 del Contrato de Concesión RDNFO). Asimismo, el referido estudio de riesgos, debe ser actualizado anualmente (Cláusula 37.8 del Contrato de Concesión RDNFO).

³ Adicionalmente, AZTECA se encuentra obligada a tomar y mantener vigente, un “Seguro durante la fase de despliegue de la RDNFO” (Clausula 38.2 del Contrato de Concesión RDNFO), que es un seguro contra todo riesgo denominado póliza CAR (todo riesgo de construcción), que incluye cobertura básica y cobertura por riesgo de diseño, riesgos de ingeniería, robo, terremotos, inundaciones, huaycos, entre otros. Asimismo, debe mantener un “Seguro sobre los bienes de la concesión” (Clausula 38.3 del contrato), que incluye cobertura por (i) el costo de construcción, reparación y/o sustitución de los bienes de la concesión, y (ii) el lucro cesante que cubra todos aquellos ingresos que el concesionario dejó de percibir durante las demoras o la interrupción de los servicios que debe prestar con la RDNFO.



Asimismo, se advierte que el cumplimiento de la obligación de AZTECA relativa al seguro antes mencionado (v.g. mantener vigente la póliza y efectuar oportunamente los pagos respectivos), se encuentra garantizada, como todas las demás obligaciones del Contrato de Concesión RDNFO, por las siguientes cartas fianzas:

- a. Garantía de la Fase de Despliegue, que respalda el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión RDNFO, desde la fecha de cierre hasta la adjudicación al Concedente de los bienes de la concesión, por un importe US\$ 50'000,000.00 (Cincuenta Millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).
- b. Garantía de la Fase de la Prestación del Servicio Portador, que respalda el cumplimiento de las obligaciones de AZTECA desde el inicio de las operaciones hasta la caducidad de la concesión, por un importe de US\$ 20'000,000.00 (Veinte millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

Respecto de la penalidad por incumplimiento de las obligaciones pactadas, por el cual AZTECA asumiría el pago de dos veces el importe de la contraprestación que correspondía pagar a AZTECA durante el periodo de la afectación, adicional a la renta en deuda, se debe señalar, que el pago oportuno de la retribución mensual no se encuentra garantizado por alguna de las pólizas de seguro que tiene vigente AZTECA, con lo que en este caso si se generaría a ADINELSA un potencial riesgo no cubierto, por lo que en línea con anteriores pronunciamientos del OSIPTTEL en Mandatos de Compartición de Infraestructura emitidos, se requeriría la constitución de una carta fianza que cubra dicho riesgo. Cabe señalar, que la única afectación a ADINELSA por el incumplimiento de las obligaciones pactadas, sería un posible retraso en el pago oportuno de la retribución mensual,

Al respecto, para el caso de la relación de acceso y uso de infraestructura de ADINELSA, el valor de la retribución (compensación) mensual se encuentra regulada por la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, por lo que el monto de la referida carta fianza debería ser estimado en base al dimensionamiento de la planta de ADINELSA que será objeto de utilización por parte de AZTECA, utilizando la referida fórmula de contraprestación mensual, y otorgada por AZTECA a favor de ADINELSA durante la ejecución del Contrato entre ambas empresas.

En ese sentido, se propone que en reemplazo de la penalidad por incumplimiento de las obligaciones pactadas, AZTECA deba presentar a favor de ADINELSA, una carta fianza que garantice a dicha empresa el pago oportuno de la referida retribución mensual, en línea con anteriores pronunciamientos del OSIPTTEL en Mandatos de Compartición de Infraestructura emitidos, de los que son parte AZTECA y otros concesionarios de energía eléctrica.

Respecto de las penalidades pactadas por la ocurrencia de eventos relacionados con daños a ADINELSA, a sus propiedades y a terceros, de naturaleza contractual y extra contractual, deben considerarse aplicable al Contrato, las pólizas de seguro que AZTECA tiene constituida como parte de las obligaciones asumidas a consecuencia de la suscripción de su Contrato de Concesión de la RDNFO, que cubrirían los riesgos de los referidos eventos. Asimismo, respecto del resto de penalidades pactadas en el Contrato,



resultan totalmente inaplicables pues generan conceptos de costos adicionales a las establecidas en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, e innecesarios debido a la existencia de mecanismos alternativos contemplados en la Ley N° 29904, su Reglamento y el Contrato de Concesión suscrito por AZTECA (v.g. pólizas de seguro de todo riesgo, pólizas de seguro de responsabilidad civil extra contractual, cartas fianzas que aseguren el cumplimiento del pago de la contraprestación mensual), y en definitiva, dicho régimen de penalidades no se encuentra acorde con los objetivos establecidos en el Contrato de Concesión de la RDNFO, ni en el marco legal aplicable.

De otro lado, se debe recordar que, en virtud de la propia Ley N° 29904 (artículo 13, numeral 13.4.c) y su Reglamento (artículos 31 y 32, literal c), si AZTECA produce alguna afectación a los servicios de energía eléctrica de ADINELSA o cualquier otro daño o perjuicio, que le sea imputable, debe asumir todas las responsabilidades legales que resulten aplicables; por lo que ADINELSA debería mantenerse indemne y no verse perjudicado por los actos de AZTECA. Asimismo, para incentivar a los Operadores de Telecomunicaciones a evitar cualquier afectación a los servicios de energía eléctrica de ADINELSA, el Reglamento de la Ley N° 29904 (artículo 62, numeral 12) establece que dicha afectación, cuando les sea imputable, es infracción grave y, por ende, puede ser sancionado con hasta 150 Unidades Impositivas Tributarias⁴.

En consecuencia, si bien AZTECA no se encuentra obligada a aceptar que se le imponga el mecanismo de penalización detallado en la cláusula vigésimo primera del contrato suscrito con ADINELSA, sino que debería ser aplicable el mecanismo de garantías, considerando las pólizas de seguro que AZTECA tiene constituida como parte de las obligaciones asumidas a consecuencia de la suscripción de su Contrato de Concesión de la RDNFO; se encuentra dentro del ámbito de la libertad contractual de AZTECA acordar con el concesionario eléctrico la aplicación de penalidades por la ocurrencia de los eventos detallados en la referida cláusula del contrato.

A.6 Causal de resolución del Contrato.

En la **cláusula vigésima segunda** del Contrato, las partes han acordado como una de las causales de resolución de contrato, el *“incumplimiento de las obligaciones que las Partes adquieren”* en el Contrato, tal como se detalló en el literal “n” del numeral 3.2 del presente informe.

Al respecto, se considera necesario mencionar que el artículo 13, numeral 13.1, de la Ley N° 29904, dispone que el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, para los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones *“podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios u otras restricciones a ser definidas en el reglamento de la presente Ley.”*

De manera complementaria, el Reglamento de la Ley N° 29904 desarrolla la referida disposición legal y regula en su artículo 26, numerales 26.1 y 26.2, el trámite a seguir ante la denegación del acceso y uso sustentada en riesgos de continuidad del servicio de energía, y en su numeral 26.3 precisa qué situaciones no califican como limitaciones

⁴ Cfr. con el artículo 25, numeral 25.1, de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.



técnicas, señalando como éstas a la *“necesidad de reforzamiento de postes o torres, ni la necesidad de reforzamiento de la línea, entendida ésta como la necesidad de incluir postes o torres adicionales que disminuyan los vanos y flechas para mejorar la altura de las líneas de las estructuras de las redes eléctricas”*. Es preciso mencionar que el citado Reglamento no establece restricciones adicionales a la definida por la Ley, no obstante la facultad delegada que ésta le confiere.

En ese sentido, se advierte que la Ley N° 29904 y su Reglamento, únicamente establecen como causal para denegar el acceso y uso de la infraestructura a ser compartida, a las limitaciones técnicas que pongan en riesgo la prestación de los servicios de energía eléctrica o hidrocarburos.

De esta manera, si bien el Reglamento de la Ley desarrolla en su artículo 26 la restricción legal para el acceso y uso de la infraestructura, sus efectos están orientados a la etapa en que se solicita y, en su caso, se produce el acceso a la infraestructura, la misma que se encuentra vinculada a las labores de despliegue de la red de telecomunicaciones sobre la infraestructura a ser compartida. Sin embargo, una vez que el acceso a dicha infraestructura se consolida, la relación de compartición de infraestructura continúa en el tiempo, básicamente para garantizar el uso de la infraestructura de conformidad con el marco legal y, según corresponda, las reglas del contrato o mandato de compartición respectivo.

No obstante, el Reglamento de la Ley no contempla el caso en que durante la ejecución de la relación de compartición de infraestructura, por el incumplimiento de las obligaciones que las Partes adquieren en el contrato, el contrato se resuelva, conllevando al fin del uso de la infraestructura compartida, no obstante la facultad que le ha conferido la Ley N° 29904. En ese sentido, lo planteado por las partes, no se enmarca en el marco legal y reglamentario aplicable.

En consecuencia, se recomienda que de manera preventiva, se requiera a AZTECA y a ADINELSA que eliminen como causal de resolución del contrato suscrito, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato; no obstante, queda a salvo el derecho de las partes a exigirse recíprocamente el cumplimiento de las prestaciones debidas, empleando los mecanismos que les confiere el marco normativo en vigor (v.g. intervención del OSIPTTEL en vía de solución de controversias).

A.7 Mecanismo de resolución de controversias.

En la **cláusula vigésimo quinta** del Contrato, tal como se señaló en el literal “p” del numeral 3.2 del presente informe, las partes han acordado que emplearán sus mejores esfuerzos para solucionar los desacuerdos o reclamos que surjan como parte de la implementación de dicho contrato; y que de no llegarse a un acuerdo de trato directo dentro de los 10 días hábiles de presentada la solicitud escrita por una de las partes, para una solución amigable, la controversia será exclusiva y definitivamente determinada y resuelta mediante un arbitraje de derecho realizado con sujeción al contrato y de conformidad con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, salvo acuerdo de las partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia.



El contrato señala que ello abarca a todos y cada uno de los reclamos, disputas, causales de demanda por pérdidas o daños, controversias, diferencias, procedimientos o cuestionamientos entre las partes que surjan a raíz del contrato, o que se relacionen en cualquier forma a su validez, ejecución, aplicación, alcance, interpretación, incumplimiento, violación o resolución. Asimismo, en el contrato se ha pactado que el Laudo arbitral será inapelable, vinculante y concluyente.

Al respecto, de acuerdo al artículo 2 del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL, el OSIPTEL es competente para conocer y resolver 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. Asimismo, se precisa en su artículo 3 que la vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL.

Cabe señalar que la referida facultad del OSIPTEL, se deriva del artículo 3.1, literal e) de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley N° 27332), por la cual el OSIPTEL cuenta con facultad de resolver los conflictos suscitados entre empresas bajo su ámbito de competencia, como es precisamente el caso de los operadores de telecomunicaciones y los concesionarios de energía eléctrica en materia de compartición de la infraestructura para redes de telecomunicaciones, en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 29904.

En consecuencia, se recomienda que de manera preventiva, se requiera a AZTECA y a ADINELSA que precisen que el pacto de arbitraje contenido en el contrato bajo análisis, aplicará solo respecto de todo aquello que no sea de competencia exclusiva del OSIPTEL.

B. Publicación de los contratos evaluados.

Cabe señalar que de la revisión del referido contrato, se observa que la información que contiene es presentada de manera tal que no revela secretos comerciales o la estrategia comercial de las empresas, cuya difusión genere perjuicio alguno para las mismas o para el mercado.

Por el contrario, el conocimiento de la información referida precedentemente sí contribuye a fomentar la eficiencia del mercado, en la medida que las demás empresas operadoras tendrían acceso a información relativa a las condiciones económicas y características de las relaciones de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, que se desarrollan en el marco de la Ley N° 29904. De esta manera, se otorga a dichos terceros operadores, la posibilidad de efectuar requerimientos similares o, en su defecto, sujetarse a similares condiciones técnicas y/o económicas, en términos no discriminatorios, facilitándose así las negociaciones entre los operadores interesados en acceder a la infraestructura de energía eléctrica y los titulares de ésta.

Asimismo, de forma complementaria, resulta necesario considerar que la Ley N° 28295, “Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones” y el Decreto Legislativo N° 1019,



“Decreto Legislativo que aprueba Ley de acceso a la infraestructura de los proveedores importantes de servicios públicos de telecomunicaciones”, regímenes legales relativos a compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, contemplan disposiciones expresas que disponen la publicación de los respectivos contratos de compartición⁵. En ese sentido, dada la similitud de objetivos de los referidos regímenes legales con la Ley N° 29904 (v.g. promover el despliegue de redes de telecomunicaciones, así como reducir asimetrías de información y costos de transacción para los interesados), deviene también en ineludible disponer la publicación de los contratos de compartición que se celebren en el marco de la Ley N° 29904.

4. CONCLUSIÓN.

En atención a la evaluación realizada en el presente informe, es posible concluir que en virtud del contrato suscrito entre AZTECA y ADINELSA; se viene produciendo el acceso y uso de infraestructura de energía eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha, en el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento. Asimismo, se observa que en el referido contrato, el acceso y utilización de la infraestructura eléctrica se produce a cambio de contraprestaciones económicas, y las partes han tomado medidas para evitar que la compartición produzca afectaciones al servicio de energía eléctrica o a terceros y, de ser el caso, para reparar las afectaciones que eventualmente se puedan generar.

Sin perjuicio de lo anterior, se han identificado acuerdos puntuales del contrato, que podrían merecer de ser el caso, requerimientos de información a las partes para el seguimiento y supervisión, según se ha detallado en el acápite 3.3 del presente informe. Dichas recomendaciones se encuentran referidas a:

- (i) La cláusula cuarta, respecto al cobro de costo de evaluación, para los kilómetros excedentes, en los casos de Rutas que sobrepasen los 150 Km.
- (ii) La cláusula sexta, respecto al inicio de la facturación de la contraprestación mensual para cada Ruta aprobada;
- (iii) La cláusula duodécima, respecto a costos de supervisión de ADINELSA asumidos por AZTECA.
- (iv) La cláusula décima quinta, respecto a cobertura de daños por causas imputables a AZTECA y pago de multas.
- (v) La cláusula vigésimo primera, respecto a la aplicación de penalidades.
- (vi) La cláusula vigésimo segunda, respecto a una de las causales de resolución del contrato, y
- (vii) La cláusula vigésimo quinta, respecto al mecanismo de solución de controversias.

5. RECOMENDACIONES.

En atención a lo señalado en las secciones precedentes, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia recomienda a la Gerencia General, lo siguiente:

⁵ Cfr. artículo 18 del Reglamento de la Ley N° 28295: “Artículo 18.- Publicación. OSIPTTEL publicará en su página web institucional los contratos de compartición y mandatos de compartición, así como sus modificaciones.”

Cfr. artículo 13 de las Disposiciones Complementarias del Decreto Legislativo N° 020-2008-CD/OSIPTTEL.

“Artículo 13.- Publicación. El OSIPTTEL publicará en su página web institucional los contratos de compartición y mandatos de compartición, así como sus modificaciones.”



- a. Disponer que la Gerencia de Comunicación Corporativa publique en el repositorio denominado *“Contratos remitidos para supervisión en el marco de la Ley de Banda Ancha N° 29904 y su Reglamento”*:
- i. El Contrato suscrito el 04.03.2015 entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. (denominado *“Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica”*), y
 - ii. El informe de evaluación del referido contrato.
- b. Remitir a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión el referido contrato y el presente informe de evaluación, a efectos de que dicha gerencia adopte las acciones de supervisión que correspondan en el marco de la Ley N° 29904 y su Reglamento; considerando entre otros, los aspectos señalados en el numeral 3.3 del presente informe.

Atentamente,

