



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones - OSIPTEL

## RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 014-2019-CCO/OSIPTEL

Lima, 29 de abril de 2019

EXPEDIENTE	004-2018-CCO-ST/CI
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura
ADMINISTRADOS	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Consorcio Energético de Huancavelica S.A.

**SUMILLA:** “Se declara *INFUNDADA* la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra el Consorcio Energético de Huancavelica S.A., en materia de acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de banda ancha, por los siguientes fundamentos:

- (i) Si bien el valor del denominador “Na” es regulado, no se ha previsto un valor constante en la fórmula contenida en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
- (ii) Las partes fijaron el valor del denominador “Na” para el cálculo de la contraprestación contenida en la cláusula cuarta del Contrato de Compartición sin contravenir el marco normativo vigente”.

El Cuerpo Colegiado Ad Hoc designado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 170-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 2 de agosto de 2018, para resolver la controversia presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra el Consorcio Energético de Huancavelica S.A. (en adelante, CONENHUA), en materia de acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica, para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de banda ancha.

### VISTO:

El Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI.

### CONSIDERANDO:

#### I. PARTES DEL PROCEDIMIENTO

**Empresa reclamante:** AZTECA, es una empresa privada concesionaria del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (en adelante, Proyecto de Red Dorsal), para la instalación y operación de una red de fibra óptica, en virtud del contrato de concesión suscrito con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC), con fecha 17 de junio de 2014.

**Empresa reclamada:** CONENHUA, es una empresa subsidiaria de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A., dedicada a proveer servicios de transmisión y generación de energía eléctrica en su zona de concesión (Huancavelica, Cajamarca y Arequipa).

## II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 12 de marzo de 2015, AZTECA celebró con CONENHUA un “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica” (en adelante, el Contrato de Compartición), en el marco de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha), y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley de Banda Ancha).

En el referido contrato, las partes acordaron las condiciones de acceso, uso y remuneración de la infraestructura eléctrica de titularidad de CONENHUA a favor de AZTECA, para el debido cumplimiento de las obligaciones asumidas por ésta en el Contrato de Concesión del Proyecto de la Red Dorsal.

2. Mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables “m” y “f” de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03), publicada en el diario oficial “El Peruano”, con fecha 5 de agosto de 2017, se modificó el valor de las mencionadas variables de la fórmula de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
3. A través de la Resolución N° 048-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 22 de febrero de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó el mandato de compartición de infraestructura entre AZTECA y CONENHUA (en adelante, el Mandato de Compartición), contenido –como parte integrante de dicha resolución– en el Informe N° 00047-GPRC/2018, de fecha 8 de febrero de 2018.
4. Con fecha 23 de julio de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra CONENHUA por discrepancias en la ejecución del Contrato de Compartición, específicamente, con relación al cálculo de la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de titularidad de CONENHUA, alegando una incorrecta aplicación del valor del denominador “Na” contenido en la fórmula prevista en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, la cual regula el precio máximo de la contraprestación. Al respecto, AZTECA planteó las siguientes pretensiones:

- **Pretensión principal.**- Se declare que la contraprestación fijada en la cláusula cuarta de Contrato de Compartición excede la máxima retribución

por uso compartido de infraestructura que CONENHUA podía exigir a AZTECA, en tanto se aplicó erróneamente la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

Al respecto, AZTECA señala que el monto pactado inicialmente fue calculado sobre la base de una aplicación errónea de la fórmula de la Metodología, puesto que al denominador “Na” se le atribuyó un valor igual a uno (1) cuando dicho denominador en todos los casos debió tener un valor igual a tres (3).

- **Pretensión subordinada.**- Se ordene a CONENHUA la devolución de un monto ascendente a US\$ 319 306.62 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato.
5. Por Resolución de Consejo Directivo N° 170-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 2 de agosto de 2018, se designó a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad Hoc, encargados de conocer y resolver la presente controversia, en su calidad de primera instancia administrativa.
  6. Mediante la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 8 de agosto de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc admitió a trámite la reclamación interpuesta por AZTECA, y dispuso correr traslado de la misma a CONENHUA, a efectos de que proceda a contestarla en el plazo no mayor de quince (15) días hábiles.

Asimismo, en la mencionada resolución, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso que la presente controversia se tramite conforme con lo dispuesto en las normas del Capítulo I – “Procedimientos que no versan sobre la comisión de una infracción” del Título VII, del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias<sup>1</sup> (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias).
  7. A través del escrito presentado con fecha 7 de setiembre de 2018, CONENHUA contestó la reclamación interpuesta por AZTECA, solicitando sea declarada improcedente.
  8. Mediante Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 14 de setiembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso dar inicio a la etapa conciliatoria, y citó a AZTECA y CONENHUA para que participen en la Audiencia de Conciliación que debía realizarse el día viernes 5 de octubre de 2018. Sin embargo, por escrito N° 2, de fecha 24 de setiembre de 2018, AZTECA solicitó la reprogramación de la mencionada audiencia.
  9. Por Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 26 de setiembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc concedió la reprogramación solicitada por AZTECA, citando a ambas partes a la Audiencia de Conciliación a llevarse a cabo el día martes 9 de octubre de 2018, a las 13:30 horas.

---

<sup>1</sup> Resoluciones de Consejo Directivo N° 122-2016-CD/OSIPTEL, N° 038-2017-CD/OSIPTEL y N° 125-2018-CD/OSIPTEL.

10. A través del escrito N° 3, presentado con fecha 9 de octubre de 2018, de forma previa a la Audiencia de Conciliación, AZTECA señaló haber incurrido en un error en la denominación de la segunda pretensión formulada en su escrito de reclamación de fecha 23 de julio de 2018, toda vez que la devolución del monto pagado en exceso constituye una pretensión accesorio y no subordinada, por lo que solicitó la corrección del mismo. Asimismo, solicitó que se considere como parte de dicha pretensión, la compensación con obligaciones de pago a futuro, a efectos de brindar una modalidad adicional a la devolución del monto cobrado en exceso por el uso de la infraestructura de CONENHUA.
11. Según consta en el Acta de Conciliación que obra en el presente expediente, el día 9 de octubre de 2018, a las 13:30 horas se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, sin que las partes arribaran a un acuerdo conciliatorio.
12. Mediante Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 9 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dio inicio a la etapa probatoria por un plazo de sesenta (60) días hábiles.
13. Por Resolución N° 005-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 16 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc acogió la solicitud planteada por AZTECA mediante escrito N° 3, de fecha 9 de octubre de 2018.
14. A través de la Resolución N° 006-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 24 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc fijó los puntos controvertidos y citó a las partes para que participen en la Audiencia de Pruebas que se llevaría a cabo el día miércoles 31 de octubre de 2018, a las 09:00 horas.
15. Conforme consta en el Acta que obra en el presente expediente, el 31 de octubre de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas, en la cual el Cuerpo Colegiado Ad Hoc comunicó la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes hasta dicho acto, dejando a salvo la posibilidad de presentar medios probatorios adicionales hasta la culminación de la etapa probatoria<sup>2</sup>. Asimismo, en dicha Acta se señaló que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc se reservaba el derecho de solicitar los medios probatorios de oficio que estimara necesarios para definir la cuestión controvertida.
16. Mediante Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 4 de diciembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc puso en conocimiento de AZTECA y CONENHUA, el detalle de los medios probatorios admitidos en la Audiencia de Pruebas.
17. A través de la Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 11 de diciembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc requirió a AZTECA y CONENHUA la presentación de diversa información que coadyuve a resolver la presente controversia. Asimismo, se encargó a la STCCO, solicitar al MTC la remisión del informe sustentatorio de la versión final del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, incluyendo lo correspondiente a su Anexo N° 1.

---

<sup>2</sup> Cabe indicar que a la fecha de la Audiencia de Pruebas, CONENHUA no había ofrecido medios probatorios en el presente procedimiento, por lo cual, únicamente se admitieron los ofrecidos por AZTECA.

18. En atención a ello, mediante Oficio N° 504-STCCO/2018, recibido con fecha 14 de diciembre de 2018, la STCCO solicitó a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC, el mencionado informe sustentatorio, ante lo cual el referido Ministerio remitió el Oficio N° 25857-2018-MTC/27, recibido con fecha 27 de diciembre de 2018.
19. Por su parte, a través de los escritos presentados con fecha 26 de diciembre de 2018, AZTECA y CONENHUA absolviéron el requerimiento de información efectuado por la Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL.
20. Mediante Resolución N° 009-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 9 de enero de 2019, se dispuso, entre otros, solicitar a AZTECA y CONENHUA la remisión de información adicional que coadyuve a resolver el presente procedimiento, en virtud de lo cual se amplió el plazo de la Etapa Probatoria en quince (15) días hábiles adicionales.
21. Por Oficio N° 048-STCCO/2019, recibido con fecha 21 de enero de 2019, la STCCO – por encargo del Cuerpo Colegiado Ad Hoc – solicitó a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (en adelante, la GPRC) la remisión de información relacionada con los aspectos técnicos y económicos, a fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver la presente controversia.
22. Mediante escritos presentados con fecha 23 de enero de 2019, AZTECA y CONENHUA atendieron el requerimiento de información realizado mediante la Resolución N° 009-2019-CCO/OSIPTEL.
23. Por otra parte, mediante Memorando N° 00041-GPRC/2019, recibido con fecha 31 de enero de 2019, la GPRC atendió la solicitud de información de la STCCO, y coordinó el acceso al Expediente N° 00005-2015-CD-GPRC/MC, lo cual fue puesto en conocimiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc, por parte de la STCCO, a través del Oficio N° 091-STCCO/2019, recibido con fecha 7 de febrero de 2019.
24. A través de la Resolución N° 010-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 7 de febrero de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc incorporó al expediente como medios probatorios, la información proporcionada por las partes, el MTC y la GPRC, y se puso en conocimiento de AZTECA y CONENHUA. Asimismo, dio por concluida la etapa probatoria, otorgando a las partes el plazo de siete (7) días hábiles para que, de considerarlo pertinente, presenten sus alegatos por escrito y/o soliciten el uso de la palabra.
25. Mediante escritos de fecha 25 de febrero de 2019, CONENHUA y AZTECA presentaron sus alegatos, a fin de que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc los tenga en consideración al momento de resolver la presente controversia y, además, solicitaron el uso de la palabra.
26. Por Resolución N° 011-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 28 de febrero de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió citar a las partes para que participen en el Informe Oral a llevarse a cabo el día martes 12 de marzo de 2019, a las 17:00 horas.

27. A través de la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 6 de marzo de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc reprogramó la Audiencia de Informe Oral para el día jueves 14 de marzo de 2019, a las 17:00 horas.
28. Según consta en el Acta que obra en el presente expediente, el día 14 de marzo de 2019 se llevó a cabo la de Audiencia de Informe Oral, en la cual las partes hicieron el uso de la palabra a fin de exponer los argumentos que sustentan su posición respecto de la materia controvertida.
29. Mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2019, CONENHUA señaló que efectuaba la remisión de la copia de su presentación y de los correos electrónicos expuestos en la Audiencia de Informe Oral, realizada el 14 de marzo de 2019, a fin de que sean considerados como parte de sus alegatos.
30. De la revisión del mencionado escrito de fecha 20 de marzo de 2019, se advirtió que CONENHUA no adjuntó su presentación, por lo que a través del Oficio N° 182-STCCO/2019, recibido con fecha 27 de marzo de 2019, la STCCO le otorgó un plazo de dos (2) días hábiles para subsanar la citada omisión.
31. En atención al Oficio N° 182-STCCO/2019, mediante escrito de fecha 28 de marzo de 2019, CONENHUA remitió la presentación expuesta en la Audiencia de Informe Oral, de fecha 14 de marzo de 2019.
32. Por Resolución N° 013-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 2 de abril de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc puso en conocimiento de AZTECA los escritos de fechas 20 y 28 de marzo de 2019, presentados por CONENHUA.

### **III. PUNTOS CONTROVERTIDOS**

33. Mediante Resolución N° 006-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 24 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc fijó los siguientes puntos controvertidos, en virtud a los hechos controvertidos expuestos por las partes en sus escritos:
  - (i) *Determinar si el valor del factor Na se encuentra previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica de Banda Ancha, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, la Metodología).*
  - (ii) *Determinar si para el cálculo de la contraprestación contenida en la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador Na conforme a la Metodología.*
  - (iii) *De verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador Na conforme a la Metodología, determinar el monto que corresponde a CONENHUA devolver a AZTECA.*

#### IV. POSICIONES DE LAS PARTES

##### 4.1. POSICIÓN DE AZTECA

34. AZTECA solicitó que se declare que el monto de la contraprestación establecida en su Contrato de Compartición con CONENHUA excedió el máximo legal, debido a que se habría aplicado un valor incorrecto al denominador "Na" contenido en la fórmula de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha -se consideró un valor de uno (1), en lugar de tres (3)-, correspondiendo así la devolución o, en su defecto, la compensación con obligaciones de pago futuro de dicho monto pagado en exceso, desde la fecha de suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición.
35. Es por ello que, en el curso del presente procedimiento, AZTECA ha desarrollado los siguientes fundamentos respecto de los puntos controvertidos:

**(i) *Respecto a si el valor del denominador "Na" se encuentra previsto en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.***

- Si bien la fórmula reglamentaria no precisa expresamente qué debe entenderse por el número de arrendatarios de la infraestructura eléctrica, se puede concluir el valor del denominador "Na" en atención al razonamiento económico de la fórmula prevista en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Así, el valor del denominador "Na" asumido por el MTC, al establecer la fórmula fue igual a tres (3).

**(ii) *Respecto a si para el cálculo de la contraprestación contenida en la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador "Na" conforme con la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.***

- Como parte de sus argumentos, AZTECA sostuvo que con la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 se modificaron los valores de las variables "f" y "m", lo cual tuvo sustento en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que desarrolló el razonamiento económico de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de La Ley de Banda Ancha, evidenciándose que el valor del denominador "Na" siempre fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios efectivos. Así, AZTECA adujo que se percató que había realizado pagos a CONENHUA por encima del precio máximo, y solicita la devolución de dicho pago en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición.
- En efecto, AZTECA indicó que el valor del denominador "Na" como tres (3) es aplicable desde el inicio de la relación de compartición, sobre la base del razonamiento económico desarrollado en el Informe N° 292-2017-MTC/26, y que también tendría pleno asidero en el Informe N° 251-2013-MTC/26, el cual sustentó al Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Además, el valor del denominador "Na" como equivalente a tres (3) ha sido reconocido por el OSIPTEL y el MTC.

- Al respecto, el Informe N° 251-2013-MTC/26 –que no fue considerado al momento de la suscripción del Contrato de Compartición porque no era público<sup>3</sup>- desarrolló la lógica para determinar el valor de la variable “f”, para lo cual se asumió que en promedio toda infraestructura eléctrica podía alojar hasta tres (3) cables de fibra óptica, incluso para el caso de los postes de baja tensión, optando para efectos de regulación tarifaria por un número fijo, a pesar de los diversos factores que podrían impactar en la capacidad real de la infraestructura.
- Por su parte, el Informe N° 292-2017-MTC/26, que sustentó los cambios en los valores de las variables “f” y “m”, realizados mediante la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC, desarrolló el razonamiento económico de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, a través del cual se evidenció que el valor del denominador “Na” siempre fue igual a tres (3). Así, para determinar el costo incremental se parte de la premisa de que la capacidad máxima que soporta una infraestructura es de tres (3) cables, con lo cual, el denominador “Na” debe ser, necesariamente, igual a tres (3).
- De acuerdo con lo anterior, el valor de la variable “f” siempre fue asumido en atención al peso de tres (3) cables de fibra óptica, lo cual no se modificó con el Informe N° 292-2017-MTC/26, por el contrario, dicho informe reafirma que el valor de 18.3% asignado para la variable “f” representa el costo incremental que generarían tres (3) cables de fibra óptica en el mantenimiento de la infraestructura. Es así que, considerando que el factor B ( $1/N_a$ ), representa el factor de distribución de costos entre los arrendatarios -al dividir el costo incremental de operación y mantenimiento entre quienes cuenten con apoyos en la infraestructura-, AZTECA no debe pagar por el desgaste ocasionado por tres (3) cables de fibra óptica, cuando solo apoya uno (1).
- En el Mandato de Compartición, el Consejo Directivo del OSIPTEL determinó que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), fundamentando su decisión en la normativa vigente y los informes que la sustentan, particularmente, en el Informe N° 292-2017-MTC/26, y por un criterio de eficiencia, a fin de que cada arrendatario pague exclusivamente por el costo incremental generado.
- En esa misma línea, el Viceministerio de Comunicaciones del MTC, a través del Oficio N° 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017<sup>4</sup>, ha reconocido que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), con independencia del número real de arrendatarios, esto con el fin de aclarar a las empresas eléctricas el correcto valor de dicho denominador.

<sup>3</sup> En la Audiencia de Informe Oral, realizado el 14 de marzo de 2019, AZTECA señaló que, a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, el Informe N° 251-2013-MTC/26 no era público, por lo cual no fue tomado en cuenta, siendo que recién tomaron conocimiento de dicho informe cuando fue mencionado en el Informe N° 292-2017-MTC/26.

<sup>4</sup> Oficio N° 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017, remitido por el Viceministro de Comunicaciones, señor Carlos Valdez Velásquez-López, al presidente del Comité Sectorial Eléctrico de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, señor Carlos Temboury Molina.



- Asimismo, en el informe económico elaborado por BC Económica, denominado *"Análisis económico-regulatorio de la Ley N° 29904 (2012) y su reglamento (2013) sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión"*, de fecha 20 de noviembre de 2017, se explica que existe una relación directa entre la variable "f" (peso adicional de los cables de los arrendatarios) y el denominador "Na" (número de arrendatarios), debido a que el valor por el peso total de los cables de fibra óptica siempre debe guardar coherencia con el valor del número de cables. Así, la única alternativa razonable para determinar los precios máximos de compartición es asignar un valor de tres (3) al denominador "Na", lo cual guarda correlato con lo explicado por el MTC en su Informe N° 292-2017-MTC/26.
- Por su parte, en el Informe elaborado por Arturo Briceño y Rafael Gold, 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, se desarrolló un sustento adicional a fin de demostrar que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), debido a que un solo arrendatario no puede asumir el total del costo que genera la presencia de tres (3) cables. Así, en este informe se concluyó que el costo incremental determinado por el MTC es constante; es decir, igual por cada apoyo que se coloque en la infraestructura, es por ello que, mientras más cables se encuentren apoyados, las torres y postes soportaran mayor peso, lo que representa mayor desgaste que será compensado por un mayor costo incremental.
- El MTC no consignó en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, de forma expresa el valor del denominador "Na" como igual a tres (3), debido a que es una variable abierta y cambiante, que al estar conectado con la variable "f" origina que la distribución del costo incremental dependa siempre del cálculo del costo extra que se genera al titular de la infraestructura. En ese sentido, al haberse diseñado el valor del "f" sobre la base del peso de tres (3) cables de fibra óptica, en la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el valor del denominador "Na" siempre fue tres (3), lo cual también sucedió con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.
- Si bien en el Mandato de Compartición de Infraestructura entre Gilat Networks Perú S.A. y el Consorcio Energético de Huancavelica S.A., aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2016-CD/OSIPTEL, de fecha 3 de marzo de 2016<sup>5</sup> (en adelante, Mandato de Compartición entre GILAT y CONENHUA) se consideró el valor del denominador "Na" como equivalente al número máximo de arrendatarios a los que era factible dar acceso, la misma GPRC ha reconocido que la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha no indica que el valor del denominador

<sup>5</sup> A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2016-CD/OSIPTEL, de fecha 03 de marzo de 2016, por el cual se aprobó el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente entre las empresas Gilat Networks Perú S.A. y Consorcio Energético de Huancavelica S.A., contenido en el Informe N° 067-GPRC/2016.

“Na” era igual a dicho número máximo de arrendatarios, por lo que su decisión de asumir este valor responde a una interpretación en conjunto con otra norma (Ley N° 28295<sup>6</sup>) y no a un razonamiento económico.

- De este modo, considerando que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 solo modificó los valores de las variables “f” y “m” de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el denominador “Na” mantiene el mismo valor desde la emisión del referido reglamento, es decir, igual a tres (3); por lo que, la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición –y que ha sido exigida a AZTECA hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición– excedió el precio máximo, al haberse aplicado incorrectamente el valor del denominador “Na” como uno (1).

***(iii) Respecto a que de verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología, determinar el monto que corresponde a CONENHUA devolver a AZTECA.***

- Si bien en el Contrato de Compartición se señaló que la contraprestación fue determinada de acuerdo con la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el monto de la contraprestación no guarda correspondencia con el resultado de una correcta aplicación de ésta, por lo que en su oportunidad remitió varias comunicaciones a CONENHUA, a fin de adecuar la contraprestación con la citada Metodología. Sin embargo, la reclamada no mostró interés en revisar y ajustar el monto de la contraprestación, a pesar de que no constituye un aspecto sobre el que las partes puedan pactar libremente sin restricciones.
- En ese sentido, se debe ordenar la devolución o, en su defecto, la compensación con pagos a futuro, de US\$ 319,306.62, monto correspondiente a lo que pagó en exceso por el uso de la infraestructura a CONENHUA desde la fecha de suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición<sup>7</sup>.

#### **4.2. POSICIÓN DE CONENHUA**

36. CONENHUA solicitó que se declare improcedente la reclamación presentada por AZTECA, para lo cual durante el curso del presente procedimiento, ha desarrollado los siguientes fundamentos en relación con los puntos controvertidos:

---

<sup>6</sup> Ley N° 29285, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

<sup>7</sup> Cabe precisar que mediante escrito N° 4, de fecha 26 de diciembre de 2018, AZTECA señaló que están solicitando la devolución de los montos efectivamente pagados en exceso a CONENHUA, por lo que no han requerido la devolución de lo correspondiente a la retribución del mes de enero de 2017, debido a que la factura de ese mes no fue remitida por CONENHUA. Además, han rechazado las facturas emitidas en el periodo comprendido entre setiembre de 2017 y febrero de 2018, al considerar que la retribución exigida excedía el precio máximo legal.

**(i) Respecto a si la determinación del valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.**

- La fórmula prevista en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha no es clara en señalar que el valor del denominador “Na” es equivalente a tres (3). Así, al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, la Metodología no señalaba ni precisaba que el valor del denominador “Na” era tres (3).

**(ii) Respecto a si para el cálculo de la contraprestación contenida en la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.**

- La contraprestación fijada en el Contrato de Compartición fue calculada sobre la base de la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de La Ley de Banda Ancha.
- El valor del denominador “Na” no fue modificado por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 pues es una norma de inferior rango, que tuvo sólo la intención de modificar los valores de los parámetros “f” y “m”, pero no aclarar la aplicación del denominador “Na”, por lo que no se hace referencia a la modificación de dicho denominador.
- Así, desde la suscripción del Contrato de Compartición, CONENHUA y AZTECA interpretaron que el denominador “Na” correspondía al número de arrendatarios reales. Esto se entiende porque al aplicar un denominador “Na” dinámico, la renta puede ser actualizada.
- Además, el Contrato de Compartición es de naturaleza civil y fue negociado de buena fe, libremente y de forma completa, atendiendo los plazos y la metodología para determinar la contraprestación establecida en el Reglamento de La Ley de Banda Ancha. Para ello, se brindó toda la información técnica a AZTECA, acordando incluso un Acuerdo de Responsabilidad para el inicio de las actividades de esta empresa antes de la suscripción del Contrato de Compartición.
- El Contrato de Compartición suscrito con AZTECA responde a la garantía constitucional de libertad de contratar, regulada en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, y al principio de la buena fe; por lo que, su contenido es de obligatorio cumplimiento y no existe razón alguna para desconocerlo. Además, la libertad contractual tiene como única limitación el que no se atente contra la normativa vigente, lo cual no sucedió debido a que el Contrato de Compartición hizo referencia a la aplicación de la fórmula regulada en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
- AZTECA suscribió el Contrato de Compartición de manera voluntaria y sin ningún tipo de coacción o exigencia. Dicho pacto fue resultado de múltiples

coordinaciones y negociaciones con sus representantes empresariales y legales, así como por especialistas en el negocio de las comunicaciones, suscribiéndose el Contrato de Compartición por mutuo acuerdo y no por adhesión, por lo que la contraprestación exigida fue legal.

- AZTECA no puede alegar que por error y falta de información se fijó una contraprestación que no se encontraba en correcta aplicación de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, puesto que el reclamante es una empresa especializada en negocios de fibra óptica a nivel mundial.
- Los correos electrónicos presentados por CONENHUA como parte de los medios probatorios acreditan que las coordinaciones, acuerdos de contraprestación y contractuales, fueron debidamente analizados, consensuados y aceptados por ambas partes. Asimismo, se demuestra que AZTECA fue quien propuso tanto el Contrato de Compartición, como la remuneración.
- Asimismo, a través de los correos electrónicos presentados, quedó comprobado que AZTECA conoció con anticipación los detalles del costo pactado en el referido contrato, los cuales fueron aprobados por sus representantes, no pudiendo alegar ahora no contar con el sustento técnico – económico de los valores unitarios para determinar la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición.
- En respuesta a los informes presentados por AZTECA, CONENHUA señaló que la conclusión referida a la supuesta relación existente entre la variable “f” y el denominador “Na” (al considerar que el peso total de cables de fibra óptica guarde coherencia con el número de cables), corresponde a aspectos técnicos y no económicos, puesto que, antes de pretender instalar un apoyo en cualquier estructura, torre o poste, debe quedar plenamente confirmado con un estudio de árbol de cargas, que dicha estructura puede soportar el peso del (los) cable(s) de fibra óptica.
- Asimismo, en el Informe N° 00058-GPRC/2017, de fecha 17 de marzo de 2017, el OSIPTEL fue claro al señalar que la fórmula de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha no indica que deba considerarse como el valor del denominador “Na” al número máximo de arrendatarios; no obstante, ellos lo recomiendan.
- En virtud del Mandato entre GILAT y CONENHUA, se ha arrendado ciento veintiséis (126) estructuras a GILAT, las cuales corresponden a parte de la infraestructura arrendada a AZTECA. La instalación de la fibra óptica de GILAT se hizo efectiva en el mes de julio de 2016, por lo cual desde el mes siguiente existió un arrendatario adicional. Al respecto, el Mandato de Compartición es un acto público del cual AZTECA tuvo conocimiento; sin embargo, no solicitó alguna modificación al Contrato de Compartición.

**(iii) Respecto a que de verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología, determinar el monto que corresponde a CONENHUA devolver a AZTECA.**

- El Mandato de Compartición no tiene efectos retroactivos y se encuentra vigente desde el día siguiente de su notificación, por lo que la modificación de la contraprestación se efectuó desde la facturación del mes de marzo de 2018. En relación con las facturas correspondientes al período de setiembre de 2017 a febrero de 2018, estas fueron emitidas bajo las condiciones económicas establecidas en el Contrato de Compartición y no fueron devueltas por AZTECA, siendo canceladas con la ejecución de la carta fianza que respalda el Contrato.

## **V. INFORMACIÓN OBRANTE EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO**

### **5.1. Información proporcionada por AZTECA**

37. A través del escrito N° 1, de fecha 23 de julio de 2018, AZTECA remitió los siguientes medios probatorios, a fin de sustentar su reclamación, los cuales fueron admitidos a través de la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL:

<b>ESCRITO</b>	<b>MEDIOS PROBATORIOS</b>
<p><b>Escrito N° 01 del 23/07/2018</b></p> <p>Reclamación</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica, suscrito el 12 de marzo de 2015 entre AZTECA y CONENHUA.</li> <li>2) Carta DJ-1265/17 remitida por AZTECA a CONENHUA, recibida el 18 de agosto de 2017.</li> <li>3) Carta DJ-1356/17 remitida por AZTECA a CONENHUA, recibida el 12 de septiembre de 2017.</li> <li>4) Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, remitida por el Viceministro de Comunicaciones, Carlos Valdez Velásquez-López, al presidente del Comité Sectorial Eléctrico de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía<sup>8</sup>.</li> <li>5) Resolución del Consejo Directivo N° 149-2017-CD/OSIPTEL del 7 de diciembre del 2017, que aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y CONENHUA contenido en el Informe N° 204-GPRC/2018 (Expediente N° 00010-2017-CD-GPRC/MC)<sup>9</sup>.</li> <li>6) Informe N° 00204-GPRC/2017 del 29 de noviembre de 2017, elaborado por la GPRC del OSIPTEL, en atención a la solicitud de mandato de compartición de la infraestructura de la empresa CONENHUA, presentado por AZTECA (Expediente N° 0010-2017-CD-GPRC/MC).</li> </ol>

<sup>8</sup> Incluye constancia de notificación del Oficio N° 520-2017-MTC/03, recibida con fecha 3 de octubre de 2017.

<sup>9</sup> Incluye Carta C.00588-GCC/2017, recibida con fecha 12 de diciembre de 2017.

	<p>7) Resolución de Consejo Directivo N° 048-2018-CD/OSIPTEL de fecha 22 de febrero de 2018, que aprueba el Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y CONENHUA, contenido en el Informe N° 00047-GPRC/2018 (Expediente N° 00010-2017-CD-GPRC/MC)<sup>10</sup>.</p> <p>8) Informe N° 00047-GPRC/2018 del 8 de febrero de 2018, elaborado por la GPRC del OSIPTEL, en atención a la solicitud de mandato de compartición de la infraestructura de la empresa CONENHUA, presentado por AZTECA (Expediente N° 00010-2017-CD-GPRC/MC).</p> <p>9) Informe N° 251-2013-MTC/26 del 17 de octubre 2013, relacionada a la propuesta de texto del Reglamento de la Ley 29904 – “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”.</p> <p>10) Informe N° 292-2017-MTC/26 del 4 de agosto de 2017 que sustenta la versión final de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC-03, que modifica los valores de las variables “m” y “f” de la “<i>Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos</i>”, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.</p> <p>11) Carta N° ACP-068-2015 del 08 de abril de 2015 remitida por AZTECA al Banco Azteca del Perú.</p> <p>12) Copia del “Movimiento y saldo a la fecha” de la cuenta corriente de AZTECA emitido por el Banco BBVA Continental el 30 de junio de 2015, el cual hace referencia al pago a proveedores a cargo de AZTECA en la fecha 17 de junio de 2015.</p> <p>13) Capturas de pantalla que hacen referencia a documentos de pagos de marzo, abril, mayo, junio, julio y octubre 2015, y de enero, febrero y marzo de 2016.</p> <p>14) Copia de Notas de Débito Electrónica por los períodos de facturación de los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2016.</p> <p>15) Copias de comprobantes y documentos de pago de abril, mayo, julio, setiembre, octubre y noviembre de 2015; febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre 2016; y, febrero, marzo, abril, junio y agosto 2017.</p> <p>16) Facturas electrónicas por periodos de facturación de los meses julio, agosto, setiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2015, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, setiembre, octubre, noviembre y diciembre 2016, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, setiembre, octubre, noviembre y diciembre 2017 y enero y febrero de 2018.</p>
--	--

Fuente: Elaboración propia.

<sup>10</sup>

Incluye Carta C.00129-GCC/2018, recibida con fecha 28 de febrero de 2018.

38. Como se indicó previamente, mediante Resoluciones N° 008-2018-CCO/OSIPTEL y N° 009-2018-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc consideró conveniente ordenar la actuación de diversos medios probatorios de oficio, a fin de resolver la cuestión controvertida en el presente procedimiento.
39. Por tal motivo, a continuación, se presenta la información obtenida de las partes y entidades, en el marco del presente procedimiento administrativo, la cual forma parte de los medios probatorios admitidos por la Resolución N° 010-2019-CCO/OSIPTEL:

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR AZTECA		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida
Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL  11/12/2018	<p>i) El sustento técnico-económico por el cual AZTECA basa su posición al señalar que el denominador “Na” de la Metodología establecida en el Reglamento de Ley N° 29904 es igual (3).</p> <p>ii) Remitir el sustento por el cual en el cuadro del numeral 4.2. de la Sección III “Argumentos de Derecho” de su escrito de reclamación, no se incluye el mes de enero de 2017, y el fundamento por el cual solo se efectúa el cálculo hasta el mes de agosto de 2017, considerando que la formulada pretensión accesorio de devolución comprende el periodo desde la fecha de suscripción del Contrato de Compartición (el 12 de marzo de 2015) hasta la fecha de emisión de mandato (el 22 de febrero de 2018).</p> <p>iii) Remitir los documentos (como comprobantes de pago, entre otros) que acrediten el pago de la contraprestación periódica por la compartición de infraestructura de CONENHUA relativos al mes de enero de 2017 y por el periodo comprendido entre setiembre de 2017 y febrero de 2018.</p> <p>iv) Copia simple de toda la documentación y comunicaciones que formaron parte del periodo de negociación previo a la firma del Contrato de Compartición.</p>	<p>i) Como sustento técnico-económico, remitió los siguientes informes: (1) Informe denominado “Análisis económico-regulatorio de la Ley N° 29904 (2012) y su Reglamento (2013) sobre remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión”, de fecha 20 de noviembre de 2017, elaborado por Eduardo Arturo Briceño Lira; y (2) Informe 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, elaborado por Arturo Briceño y Rafael Gold.</p> <p>ii) Respecto de la factura del mes de enero, refirió que no solicitaron la devolución de ese periodo, pues CONENHUA no les remitió la respectiva factura. En cuanto al periodo comprendido entre setiembre de 2017 hasta febrero de 2018, mencionó que rechazaron las facturas emitidas por CONENHUA, pues consideraron que el monto de las facturas excedía el máximo legal.</p> <p>iii) En cuanto al pago de los meses de enero de 2017 y de setiembre de 2017 hasta febrero de 2018, indicó que solamente solicitaron la devolución de los montos efectivamente pagados a CONENHUA; por ello, no consideraron los montos correspondientes a los periodos referidos.</p>

	<p>v) El sustento técnico – económico sobre el cual se fijaron los valores unitarios consignados en el numeral 4.3. de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, incluyendo el detalle del cálculo realizado para la obtención de dichos valores.</p> <p>vi) El sustento técnico – económico de los tipos de reajustes realizados en virtud de los numerales 4.4. y 4.5. de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, indicando los meses en los que se reflejaron dichos reajustes, de ser el caso, e incluyendo el detalle del cálculo realizado para su obtención.</p>	<p>iv) Sobre la documentación y las comunicaciones del periodo de negación del contrato de compartición, señaló que no cuenta con dicha información en sus archivos.</p> <p>v) Respecto al sustento técnico – económico por el cual se fijaron los valores unitarios consignados en el numeral 4.3. de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, indicó que no cuenta con dicho sustento, por lo que se encuentra imposibilitado de remitir tal información.</p> <p>vi) En cuanto al sustento técnico – económico de los tipos de reajustes realizados en virtud de los numerales 4.4. y 4.5. de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, mencionó que no cuenta con dicho sustento, por lo que se encuentra imposibilitado de remitir tal información.</p>
<p>Resolución N° 009-2018-CCO/OSIPTEL</p> <p>09/01/2019</p>	<p>i) Archivos adjuntos a los correos electrónicos de fechas 9 y 22 de diciembre de 2014, y 16 y 29 de enero de 2015, mencionados en el Anexo N° 2 del escrito de CONENHUA, de fecha 26 de diciembre de 2018, y demás documentación que AZTECA considere pertinente para acreditar el cálculo de los valores unitarios consignados en el numeral 4.3 de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición.</p> <p>ii) Información sobre la existencia de alguna otra empresa a la cual CONENHUA haya arrendado todas o alguna de las estructuras arrendadas a AZTECA durante el periodo de 12 de marzo 2015 al 22 de febrero de 2018. De ser el caso, reportar el nombre de la empresa, las cantidades y tipos de estructuras arrendadas, así como la fecha de inicio del arrendamiento por cada tipo de estructura.</p>	<p>i) Sobre los archivos adjuntos en los correos electrónicos, señaló que no pudo ubicar las comunicaciones referidas, por lo que se encuentra imposibilitado de remitirlas. Asimismo, acerca de otra documentación para el cálculo de los valores unitarios consignados en el numeral 4.3 de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, mencionó que no pudo hallar ningún documento que acredite el cálculo realizado para la suscripción del Contrato de Compartición.</p> <p>ii) En cuanto a la información sobre la existencia de otra empresa a la cual CONENHUA haya arrendado todas o alguna de las estructuras arrendadas a AZTECA durante el periodo de 12 de marzo 2015 al 22 de febrero de 2018, refirió que no cuenta con información acerca de otros arrendatarios que podría tener CONENHUA en su infraestructura de soporte eléctrico.</p>

Fuente: Elaboración propia.

## 5.2. Información proporcionada por CONENHUA

40. En atención a los medios probatorios solicitados de oficio por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, mediante Resoluciones N° 008-2018-CCO/OSIPTEL y N° 009-2018-CCO/OSIPTEL, CONENHUA presentó la siguiente información:



INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR CONENHUA		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida
Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL  11/12/2018	<p>i) El sustento técnico - económico por el cual CONENHUA considera que el valor del denominador "Na", establecido en la Metodología debería interpretarse como el número de arrendatarios reales o potenciales que podría albergar su infraestructura eléctrica.</p> <p>ii) Detalle de todas las estructuras arrendadas por CONENHUA a AZTECA a través del Contrato de Compartición, especificando los códigos de acuerdo con la nomenclatura de la base de datos "MOD INV_2015" del OSINERGMIN (De acuerdo con el Formato N° 1 adjunto).</p> <p>iii) Precisar si la información sobre las estructuras reportadas por CONENHUA durante el procedimiento de emisión del mandato de compartición, contenido en el Informe N° 00047-GPRC/2018 y aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 048-2018-CD/OSIPTEL de fecha 22 de febrero de 2018, coincide con las detalladas en el Contrato de Compartición celebrado el 12 de marzo del 2015.</p> <p>iv) Copia simple de toda la documentación y comunicaciones que formaron parte del periodo de negociación previo a la firma del Contrato de Compartición.</p> <p>v) El sustento técnico – económico sobre el cual se fijaron los valores unitarios consignados en el numeral 4.3. de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, incluyendo el detalle del cálculo realizado para la obtención de dichos valores.</p> <p>vi) El sustento técnico – económico de los tipos de reajustes realizados en virtud de los numerales 4.4. y 4.5. de la</p>	<p>i) Remitió los argumentos mediante los cuales basa su posición, señalando que AZTECA y CONENHUA suscribieron un acuerdo privado, en el cual se estableció por mutuo acuerdo un precio por el uso de infraestructura de CONENHUA.</p> <p>ii) Remitió el formato N° 1, mediante el cual adjuntó el detalle de las estructuras arrendadas por CONENHUA a AZTECA mediante el Contrato de Compartición, especificando los códigos de la infraestructura.</p> <p>iii) Respecto a la coincidencia entre las estructuras reportadas por CONENHUA durante el procedimiento del mandato de compartición y las estructuras consignadas en el Contrato de Compartición, precisó que la información sobre las estructuras no ha sido modificada; en tal sentido, se consideran las mismas estructuras en el Contrato de Compartición y el Mandato de Compartición.</p> <p>iv) En cuanto a la documentación que formó parte del periodo de negociación del Contrato de Compartición, remitió la siguiente información: (1) Carta CONENHUA-GC-001-2015, de fecha 5 de febrero de 2015; (2) Acuerdo de Responsabilidad para el Inicio de Actividades del Proyecto de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica de AZTECA en la Infraestructura de 60 KV de CONENHUA en Huancavelica; y (3) Correos electrónicos remitidos entre AZTECA y CONENHUA, en los años 2014 y 2015.</p> <p>v) Sobre el sustento técnico – económico de los tipos de reajustes realizados en virtud de los numerales 4.4. y 4.5. de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, refirió que el contrato entre AZTECA y CONENHUA fue un acuerdo privado, por el cual se estableció por mutuo acuerdo un precio por el uso de la infraestructura de CONENHUA.</p> <p>vi) Acerca del sustento técnico – económico de los tipos de reajustes realizados en virtud de los numerales 4.4. y 4.5. de la cláusula cuarta del Contrato de</p>

	cláusula cuarta del Contrato de Compartición, indicando los meses en los que se reflejaron dichos reajustes, de ser el caso, e incluyendo el detalle del cálculo realizado para su obtención.	Compartición, señaló que el contrato entre AZTECA y CONEHUA fue un acuerdo privado, por el cual se estableció dicha actualización. Asimismo, remitió, en un soporte CD-ROM, las Actualizaciones año 2016 y 2017, en virtud a las cláusulas 4.1, 4.3 y 4.4 del Contrato de Compartición suscrito el 12 de marzo de 2015.
Resolución N° 009-2018-CCO/OSIPTEL  09/01/2019	<p>i) Archivos adjuntos a los correos electrónicos de fechas 9 y 22 de diciembre de 2014, y 16 y 29 de enero de 2015<sup>11</sup>, mencionados en el Anexo N° 2 del escrito de CONEHUA, de fecha 26 de diciembre de 2018, y demás documentación que CONENHUA considere pertinente para acreditar el cálculo de los valores unitarios consignados en el numeral 4.3 de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición.</p> <p>ii) Información sobre la existencia de alguna otra empresa a la cual CONENHUA haya arrendado todas o alguna de las estructuras arrendadas a AZTECA durante el periodo de 12 de marzo 2015 al 22 de febrero de 2018. De ser el caso, reportar el nombre de la empresa, las cantidades y tipos de estructuras arrendadas, así como la fecha de inicio del arrendamiento por cada tipo de estructura.</p>	<p>i) Respecto a los archivos adjuntos a los correos electrónicos, remitió un CD-ROM que contiene los siguientes documentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Proyecto de Acuerdo de Responsabilidad para el Inicio de Actividades del Proyecto de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica de AZTECA en la Infraestructura de 60 KV de CONENHUA en Huancavelica. (Documento Word, adjunto al correo electrónico de fecha 29 de enero de 2015).</li> <li>- Costo Torres 60 KV-Huancavelica (19/12/2014). (Documento pdf, adjunto al correo electrónico de fecha 22 de diciembre de 2014).</li> <li>- Modelo de cálculo 141127 (Documento Excel, adjunto al correo electrónico de fecha 9 de diciembre de 2014).</li> <li>- Reunión precios 150116 (Documento Excel adjunto al correo electrónico del 16 de enero de 2015).</li> </ul> <p>ii) En cuanto a la existencia de otra empresa arrendataria, señaló que ha arrendado 126 estructuras a GILAT, las cuales corresponde a parte de la infraestructura arrendada a AZTECA.</p>

Fuente: Elaboración propia.

### 5.3. Información proporcionada por el MTC

41. En atención al requerimiento de información efectuado por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, mediante Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL, el MTC remitió lo siguiente:

<sup>11</sup>

Las comunicaciones electrónicas fueron las siguientes:

- Correo electrónico de fecha 9 de diciembre de 2014, por el cual AZTECA remitió a CONENHUA, el archivo "Modelo de cálculo 141127.xls", en formato Excel.
- Correo electrónico de fecha 22 de diciembre de 2014, por el cual CONENHUA remitió a AZTECA el archivo "Costo Torres 60 kV Hvca – 19-12-2014.pdf"
- Correo electrónico de fecha 16 de enero de 2015, por el cual AZTECA envió a CONENHUA los montos que estuvieron dispuestos a pagar por concepto de la contraprestación periódica, agregando que fueron calculados en función de los valores de las torres remitidos por CONENHUA y sobre la base de la metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, para lo cual anexó el archivo "Reunión Precios Conenhua 150116", en formato Excel.
- Correo electrónico de fecha 29 de enero de 2015, por el cual AZTECA confirma que ambas partes alcanzaron un acuerdo respecto de los valores para el acceso y uso de infraestructura eléctrica de CONENHUA, el archivo "Acuerdo de Responsabilidad. Conenhua.29.Ene.15.doc"

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR EL MTC		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida
Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL  11/12/2018	i) Remitir el informe sustentatorio de la versión final del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, incluyendo el correspondiente al Anexo N° 1 de dicha norma.	i) Remitió, en un CD-ROM, el Informe N° 251-2013-MTC/26 y su Anexo N° 1 (el cual contiene una Matriz de comentarios), elaborados para sustentar el Reglamento de la Ley N° 29904

Fuente: Elaboración propia.

#### 5.4. Información proporcionada por la GPRC del OSIPTEL

42. En atención al requerimiento de información efectuado a la GPRC, se remitió la siguiente información:

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR LA GPRC		
Requerimiento	Información solicitada	Información remitida
Oficio N° 048-STCCO/2019  21/01/2019	<p>i) Remitir el razonamiento y/o fundamento que motivó a que en los mandatos de compartición emitidos con anterioridad a la Resolución viceministerial N° 768-2017-MTC/03, se considere que el valor del denominador "Na" debía ser equivalente al número de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a dicha infraestructura. De corresponder, remitir la documentación que determinó dicha posición.</p> <p>ii) Remitir el "Informe Económico sobre el Concepto de Contraprestación por Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones", elaborado por Macroconsult para las Sociedad de Minería, Petróleo y Energía. (Versiones del mes de enero de 2018 y del mes de febrero de 2018).</p> <p>iii) Remitir el "Informe N° 00058-GPRC/2017: Comentarios a la</p>	<p>i) Con anterioridad de la Resolución viceministerial N° 768-2017-MTC/03, la GPRC consideró que el valor del denominador "Na" debía ser equivalente al número máximo de arrendatarios a los que era posible dar acceso debido a las características técnicas de cada tipo de estructura, a efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad establecidas en la normativa aplicable. Dicho criterio se fundamentó en que las normas deben aplicarse de manera coordinada y sistemática, de modo tal que no se genere contradicciones con el resto del cuerpo normativo aplicable. Por ello, se consensuó la Metodología con el artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295. Asimismo, no se consideró la opción de arrendatarios reales debido a que hubiera sido contradictorio con el Reglamento de la Ley N° 28295; además, dicha opción implicaba la actualización de las contraprestaciones cada vez que se accediera o se retirase un arrendatario, lo cual hubiera conllevado problemas operativos y de información asimétrica. Por último, estas consideraciones se desarrollan en el Informe N° 00058-GPRC/2017.</p>

	<p>propuesta de modificación del Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, presentada mediante Oficio N° 076-2017-MTC/26", de fecha 17 de marzo de 2017.</p>	<p>ii) Remitió los siguientes informes: (1) Informe Económico sobre el concepto de contraprestación por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicio público de energía eléctrica, por parte de los operadores de servicio públicos de telecomunicaciones", elaborado por Macroconsult (versión de enero de 2018) (en un soporte CD – ROM); y (2) el Informe Económico sobre el concepto de contraprestación por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicio público de energía eléctrica, por parte de los operadores de servicio públicos de telecomunicaciones", elaborado por Macroconsult (versión de febrero de 2018).</p> <p>iii) Remitió el Informe N° 00058-GPRC/2017 del 17 de marzo de 2017 denominado "Comentarios a la propuesta de modificación del Anexo del Reglamento de la Ley N° 29904, presentada mediante Oficio N° 076-2017-MTC/26".</p>
	<p>Además, mediante el Oficio N° 048-STCCO/2019, la STCCO solicitó a la GPRC del OSIPTEL lo siguiente:</p> <p>i) Autorizar a los funcionarios de la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados, el acceso para lectura y, en caso se considere necesario, la obtención de copias fedateadas de las piezas procesales del Expediente N° 00005-2015-CD-GPRC/MC (Procedimiento de Emisión de Mandato de Compartición de Infraestructura entre GILAT y CONENHUA)</p>	<p>i) La siguiente información fue obtenida de la revisión del Expediente N° 0005-2015-CD-GPRC/MC:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Correos electrónicos de fechas 23 de junio y 4 de setiembre de 2015, entre GILAT y CONENHUA.</li> <li>- Proyecto de Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica entre GILAT y CONENHUA.</li> <li>- Carta Conenhua GG-111-2015, presentada por CONENHUA, con fecha 01 de diciembre de 2015, la cual incluye la siguiente información: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Anexo N° 01: "Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica".</li> <li>• Anexo N° 01: "Análisis de Suministro de Estructura Eléctrica".</li> <li>• Costo de Módulos Estándar para Líneas de Transmisión.</li> <li>• Costo de Módulos Estándar para Líneas de Transmisión.</li> </ul> </li> <li>- Carta GL-13-2016, presentada por GILAT, con fecha 18 de enero de 2016.</li> <li>- Anexo N° 11: Documento en formato Word "Contrato con CONENHUA Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica –GILAT VII.doc". (en soporte CD – ROM).</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Informe N° 015-GPRC/2016, de fecha 27 de enero de 2016.</li> <li>- Resolución de Consejo Directivo N° 013-2016-CD/OSIPTEL, de fecha 4 de febrero de 2016, que aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura entre las empresas Gilat Networks Perú S.A. y Consorcio Energético de Huancavelica S.A., contenido en el Informe N° 015-GPRC/2016.</li> <li>- Carta Conenhua GG-022-2016, presentado por CONENHUA con fecha 25 de febrero de 2016, por el cual absuelve el Proyecto de Mandato de Compartición.</li> <li>- Informe N° 067-GPRC/2016, de fecha 29 de febrero de 2016.</li> <li>- Resolución de Consejo Directivo N° 023-2016-CD/OSIPTEL, de fecha 03 de marzo de 2016, por el cual se aprobó el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente entre las GILAT y CONEHUA, contenido en el Informe N° 067-GPRC/2016.</li> <li>- C. 00176-GCC/2016, recibida con fecha 04 de marzo de 2016, por la cual se notificó la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2016-CD/OSIPTEL a CONENHUA.</li> <li>- C.00177-GCC/2016, recibida con fecha 04 de marzo de 2016, por la cual se notificó la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2016-CD/OSIPTEL a GILAT.</li> </ul>
--	--	---

Fuente: Elaboración propia.

## VI. MARCO NORMATIVO

### 6.1. Sobre la compartición de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

43. Actualmente, existen tres regímenes jurídicos que establecen, entre otros aspectos, la obligación a ciertas entidades de compartir o arrendar su infraestructura a favor de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, con la finalidad de promover la prestación de este tipo de servicios.
44. Al respecto, el 21 de julio de 2004, se publicó 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 (en adelante, Ley N° 28295). Dicha norma tiene las siguientes finalidades: (i) Utilizar eficientemente la infraestructura de uso público; (ii) promover una mayor competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, beneficiando a los consumidores operadores interesados en el acceso y a los titulares de la infraestructura de uso público; y (iii) promover el

crecimiento ordenado de las infraestructuras de uso público necesarias para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones<sup>12</sup>.

45. En el ámbito de la Ley N° 28295, principalmente, la empresa que debe compartir su infraestructura es una concesionaria de servicios públicos de energía eléctrica o de telecomunicaciones<sup>13</sup>, y es aplicable en los casos en los que se acredite la existencia de restricción a la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público<sup>14</sup>.
46. Por otro lado, el 10 de junio de 2008, se publicó el Decreto Legislativo N° 1019, el cual aprobó la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Decreto Legislativo N° 1019). El objeto de la mencionada norma es regular el acceso y uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones necesaria para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, proporcionando alternativas a los concesionarios de dichos servicios, a fin de garantizar un acceso razonable y no discriminatorio a la infraestructura de telecomunicaciones<sup>15</sup>.
47. Una característica relevante del régimen de compartición de infraestructura establecido mediante el Decreto Legislativo N° 1019, está referida a que las empresas obligadas a compartir su infraestructura son los denominados *proveedores*

12

#### **Ley N° 28295**

##### **“Artículo 3.- Finalidad**

a) Utilizar eficientemente la infraestructura de uso público en los supuestos contemplados en la presente Ley, así como promover una mayor competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones beneficiando a los consumidores, operadores interesados en el acceso y a los titulares de la infraestructura de uso público.

b) Promover el crecimiento ordenado de las infraestructuras de uso público necesarias para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de mitigar la afectación del paisaje urbanístico y promover el uso racional del espacio público, propiciando la reducción de costos económicos y sociales que genera la duplicidad de redes a nivel nacional”.

13

#### **Ley N° 28295**

##### **“Artículo 6.- Definiciones**

Para efectos de la presente Ley se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

c) **Infraestructura de uso público.-** Todo poste, ducto, conducto cámara, torre, derechos de vía asociado **a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y/o energía**. Adicionalmente, se considerará infraestructura de uso público a aquella que así sea declarada por OSIPTEL con opinión previa y favorable de los organismo reguladores competentes”. (Énfasis agregado).

14

#### **Ley N° 28295**

##### **“Artículo 5.- Procedencia del acceso y uso**

Se podrá disponer el uso compartido obligatorio de infraestructura de uso público en caso de presentarse restricción a la construcción y/o instalación de dicha infraestructura de uso público declarada por la autoridad administrativa competente, por cualquiera de las siguientes razones:

- a) Medio ambiente.
- b) Salud pública.
- c) Seguridad.
- d) Ordenamiento territorial.

Sin perjuicio de estos supuestos, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL podrá imponer el acceso compartido de infraestructura en aplicación de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701, sus normas complementarias o por las normas vinculadas a la interconexión de servicios de telecomunicaciones”.

##### **“Artículo 11.- Acreditación de la restricción para instalar o construir infraestructura de uso público**

Para cada uno de los supuestos señalados en el artículo 5 de la presente Ley, será necesaria la declaración expresa de la imposibilidad de instalar y/o construir infraestructura de uso público por parte de la autoridad administrativa competente con facultades para autorizar y/o restringir la construcción y/o instalación de la infraestructura de uso público definida en la presente Ley”.

15

Confróntese con el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1019.

*importantes*. Dichos proveedores son los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que tienen la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación en el mercado relevante de los servicios públicos de telecomunicaciones<sup>16</sup>.

48. Por otra parte, en el 2012, se aprobó la Ley de Banda Ancha que contiene disposiciones normativas relacionadas al desarrollo, uso y alcance de la banda ancha en el territorio nacional. Para ello, esta ley estableció un régimen de compartición de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, siendo que dicha norma es desarrollada mediante su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.
49. De este modo, a continuación se presenta el marco normativo establecido mediante la Ley de Banda Ancha y su reglamento.

## **6.2. Marco Legal del acceso y uso compartido de infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos para la provisión del servicio de banda ancha**

50. La Ley de Banda Ancha se emitió con el propósito de impulsar el desarrollo, uso y masificación del servicio de Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que facilite la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad nacional, y la transformación hacia una sociedad de la información y el conocimiento<sup>17</sup>.
51. Cabe señalar, que la banda ancha es la conectividad de transmisión de datos principalmente a internet, de manera permanente y de alta velocidad, permitiendo al usuario estar siempre en línea a velocidades apropiadas para la emisión y obtención de información multimedia<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> **Decreto Legislativo N° 1019**

**"Artículo 5.- Definiciones**

*Para la aplicación de la presente Ley se entiende por:*

*(...)*

**8. Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones:** *Proveedor o concesionario de servicio público de telecomunicaciones que tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación, desde el punto de vista de los precios y del suministro, en el mercado relevante de servicios públicos de telecomunicaciones, como resultado de:*

- a) Control de las instalaciones esenciales; o,*
- b) La utilización de su posición en el mercado.*

*(...)"*

<sup>17</sup> **Ley de Banda Ancha**

**"Artículo 1. Objeto de la Ley**

*El propósito de la ley es impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda 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 el conocimiento".*

<sup>18</sup> **Ley de Banda Ancha**

**"Artículo 4. Definición de Banda Ancha**

*Para efectos de la presente ley, entiéndase 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 emisión y obtención de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicación de voz, datos y contenidos audiovisuales".*

52. En ese sentido, el Estado promueve la banda ancha y su aprovechamiento por toda persona, con la finalidad de coadyuvar al efectivo ejercicio de sus derechos a la educación, salud y trabajo, y, además, a sus libertades de información, expresión, opinión, empresa y comercio<sup>19</sup>.
53. El ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Banda Ancha, relacionado con la compartición de infraestructura para la provisión del servicio de banda ancha, se encuentra referido a la verificación de los sujetos regulados por dichas normas. De esta manera, la norma señalada comprende, por un lado, al solicitante o beneficiario de la infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos (el concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones) y, por otro lado, al titular de dicha infraestructura (el concesionario de servicios públicos de energía eléctrica o hidrocarburos)<sup>20</sup>.
54. Por su parte, el ámbito de aplicación objetivo de la Ley de Banda Ancha se encuentra referido a la relación de compartición establecida por el uso compartido de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos para el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha, siempre que no existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad del servicio de energía.
55. Así, entre la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos que puede ser objeto de compartición encontramos 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<sup>21</sup>.
56. Por su parte, debido a su alto interés público, es política de Estado que el país cuente con una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO), que facilite el acceso de la población al servicio de banda ancha y, asimismo, que se promueva la competencia de dicho servicio<sup>22</sup>.

19

**Ley de Banda Ancha**

**"Artículo 2. Promoción de la Banda Ancha**

*El Estado promueve la Banda Ancha y su aprovechamiento por parte de toda persona, como medio que coadyuva al efectivo ejercicio de sus derechos a la educación, salud y trabajo, y a sus libertades de información, expresión, opinión, empresa y comercio, reconocidos constitucionalmente".*

20

**Ley de Banda Ancha**

**"Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos**

*13.1 Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Este acceso y uso podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios u otras restricciones a ser definidas en el reglamento de la presente Ley. (...)"*

21

**Reglamento de la Ley de Banda Ancha**

**"Artículo 24.- Infraestructura existente a ser compartida**

*Para efectos del presente título, entiéndase 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".*

22

**Ley de Banda Ancha**

**"Artículo 7. Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica**



57. De esta manera, el inciso 7.2 del artículo 7<sup>o23</sup> de la Ley de Banda Ancha define la RDNFO como una red de transporte de alta velocidad, disponibilidad y confiabilidad, que será diseñada en base al tendido de fibra óptica, con esquemas de redundancia y puntos de presencia en las capitales de provincia, a fin de permitir el desarrollo de la banda ancha a nivel nacional.
58. En ese orden de ideas, el artículo 3<sup>o24</sup> de la Ley de Banda Ancha declara de necesidad pública e interés nacional la construcción de una RDNFO que integre todas las capitales de las provincias del país, y, asimismo, el despliegue de redes de alta capacidad que comprenda a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de banda ancha.
59. Asimismo, la exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha resalta la relevancia de desplegar infraestructura sobre la cual se soporte los servicios de telecomunicaciones<sup>25</sup>.
60. Es oportuno mencionar que la titularidad de la RDNFO le corresponde al Estado. Así, el artículo 8<sup>o26</sup> de la Ley de Banda Ancha señala que el Estado promueve la inversión

---

7.1. Es política de Estado, en razón de su alto interés público, que el país cuente con una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que facilite el acceso de la población al servicio de Banda Ancha y que se promueva la competencia de este servicio.  
(...).

23

**Ley de Banda Ancha**

**"Artículo 7. Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica**

(...)

7.2. La Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica es una red de transporte de alta velocidad, disponibilidad y confiabilidad, que estará diseñada en base al tendido de fibra óptica, con esquemas de redundancia y puntos de presencia en las capitales de provincia, para posibilitar el desarrollo de la Banda Ancha a nivel nacional.  
(...).

24

**Ley de Banda Ancha**

**"Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional:**

Declárese de necesidad pública e interés nacional:

- i) La construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que integre 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".

25

Al respecto:

"En el Reglamento se establecen principios que guiarán tanto la formulación como la actualización de las políticas públicas en Banda Ancha, en el marco de lo dispuesto por el numeral 26.1 del artículo 26 de la Ley N° 29904. Para tal efecto, se establece un enfoque que considera a la Banda Ancha como un sistema integrado por varios componentes que se relacionan entre sí, en el cual, las redes físicas e infraestructura son el primer componente y punto de partida, sobre el cual se soporta el componente de servicios públicos de telecomunicaciones (como el servicio de acceso a internet) y se integran los equipos terminales (vg. computadoras, teléfonos, tabletas, etc.); para finalizar en el componente humano, es decir, con las capacidades avanzadas de las personas para el aprovechamiento de las tecnologías de la información y la comunicación, que ciertamente es el componente esencial que dinamiza y retroalimenta a todo el sistema. (...)" (Subrayado agregado).

Es oportuno precisar que la exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha se encuentra en la base del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ). Sin embargo, como nota preliminar al referido documento, se indica lo siguiente: "Este texto no ha sido publicado en el diario oficial "El Peruano", a solicitud del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha sido entregado por la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros el día 14 de febrero de 2014". Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2013/noviembre/04/EXP-DS-014-2013-MTC.pdf>.

26

**Ley de Banda Ancha**

**"Artículo 8. Rol del Estado en la implementación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica**

y ejecución de la RDNFO, y, en ese sentido, puede entregarla en concesión, manteniendo su titularidad, con la finalidad de garantizar el desarrollo económico y la inclusión social.

61. En la misma línea, el artículo 11<sup>o27</sup> del Reglamento de la Ley de Banda Ancha señala que el MTC puede entregar en concesión la construcción, operación, mantenimiento y explotación de la RDNFO a uno o más concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, conservando la titularidad de la referida RDNFO.
62. En relación con AZTECA como operador neutro de la RDNFO, de acuerdo con el inciso 7.3 del artículo 7<sup>o28</sup> de la Ley de Banda Ancha, el MTC es la entidad encargada de diseñar y realizar todas las acciones necesarias para la implementación de la RDNFO. Específicamente, el inciso 9.2 del artículo 9<sup>o29</sup> de la Ley de Banda Ancha indica que la operación de la RDNFO se entregará en concesión a uno o más operadores neutros, los cuales son concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que proveen servicios portadores a otros operadores, y no tienen usuarios finales.
63. En el mismo sentido, el inciso 23.2 del artículo 23<sup>o30</sup> del Reglamento de la Ley de Banda Ancha señala que el operador dorsal deberá obtener una concesión única

---

*El Estado promueve la inversión e implementación de Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica y podrá entregarla en concesión, manteniendo su titularidad, con la finalidad de garantizar el desarrollo económico y la inclusión social. Para tal fin la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN conducirá el proceso de concesión”.*

<sup>27</sup> **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**

**“Artículo 11.- Titularidad de la Red Dorsal Nacional Óptica**

*El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado peruano, podrá entregar en concesión la construcción, operación, mantenimiento y explotación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica a uno o más concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, manteniendo la titularidad sobre la misma en caso de otorgar la referida concesión”.*

<sup>28</sup> **Ley de Banda Ancha**

**“Artículo 7. Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica**

*(...)*

*7.3. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones es la entidad responsable de realizar todas las acciones necesarias para la implementación de todas las acciones necesarias para la implementación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. En ese marco, definirá las condiciones técnicas, económicas y legales de su diseño, construcción, concesión, operación, financiamiento, entre otras acciones que resulten necesarios. El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL emite opinión en materias relativas a sus facultades como organismo regulador y agencia de competencia.*

*(...).”*

<sup>29</sup> **Ley de Banda Ancha**

**“Artículo 9. Conformación, operación y gestión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica**

*(...)*

*9.2. La operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica será objeto de concesión a uno o más operadores neutros, que son concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones que proporcionan servicios portadores a otros operadores y no tienen usuarios finales. La elección de los operadores neutros se realiza mediante licitación pública.*

*(...).”*

<sup>30</sup> **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**

**“Artículo 23.- Operador neutro**

*(...)*

*23.2. El Operador Dorsal deberá obtener del Ministerio de Transportes y Comunicaciones concesión única para prestar servicios públicos de telecomunicaciones y registrar exclusivamente como servicio a brindar, el servicio portador.*

*(...).”*

para prestar servicios públicos de telecomunicaciones; sin embargo, solamente deberá registrar el servicio portador, como servicio a brindar.

64. Cabe señalar que de acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones) se consideran servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporciona la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido<sup>31</sup>.
65. Así, el 17 de junio del 2014, el MTC, en representación del Estado peruano, y AZTECA suscribieron el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, despliegue, operación y mantenimiento del Proyecto de la Red Dorsal (en adelante, Contrato de Concesión).
66. De este modo, mediante el mencionado Contrato de Concesión, el MTC otorgó a AZTECA el derecho a la explotación económica de la RDNFO; y, por el cual, tiene la obligación de diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener los bienes de la concesión<sup>32</sup>; y a prestar el servicio portador, las facilidades complementarias y prestaciones adicionales de la RDNFO, mediante los bienes de la concesión<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> **TUO de la Ley de Telecomunicaciones**

**"Artículo 10.-** Se considera servicios portadores a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas como por empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado y requerirán de concesión expresa para su ejercicio".

<sup>32</sup> En la cláusula segunda del Contrato de Concesión, denominada *definiciones*, se estableció lo siguiente respecto del significado de los bienes de la concesión:

**"CLÁUSULA 2: DEFINICIONES**

(...)

**2.9 Bienes de la Concesión**

Son todos los bienes muebles o inmuebles adquiridos o construidos durante el plazo de la Concesión, tales como los nodos (core, agregación, distribución, entre otros), cables de fibra óptica, equipos de transmisión, equipos de fuerza y energía eléctrica, plataformas de servicio (gestión, monitoreo, facturación, entre otros), infraestructura, edificaciones, activos intangibles (Propuesta técnica General, Proyecto definitivo-PDT-, licencias, autorizaciones, servidumbres, entre otros), y **todos los bienes que forman parte de la RDNFO** y que permiten la adecuada prestación del Servicio Portador, las Facilidades Complementarias y las Prestaciones Adicionales, (...). (Énfasis agregado).

<sup>33</sup> En la cláusula quinta del Contrato de Concesión, se estableció lo siguiente con relación al objeto del contrato:

**"CLÁUSULA 5: OBJETO**

5.1. Por el presente acto, el Concedente establece con el Concesionario una relación jurídica de derecho público por la cual otorga a favor de este último, el derecho a la explotación económica de la RDNFO; y el Concesionario se obliga a diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener los Bienes de la Concesión; y a prestar los servicios señalados en el Contrato a través de la RDNFO, durante el Plazo de la Concesión y el de sus eventuales renovaciones, sujeto al régimen tarifario definido en la Sección VIII.

5.2. Asimismo, por efecto de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley N° 29904 y su Reglamento, el Concedente solo habilitará al Concesionario a prestar el Servicio Portador como único servicio público de telecomunicaciones; condición que el Concesionario acepta explícitamente en el presente acto y que se obliga a mantener durante todo el Plazo de la Concesión y el de sus eventuales renovaciones.

5.3. En el marco del Contrato, el Concesionario está obligado a prestar únicamente el Servicio Portador, Facilidades Complementarias y Prestaciones Adicionales con la RDNFO en las capitales de provincias que se indican en las Especificaciones Técnicas y renuncia a prestar cualquier otro servicio".

### 6.3. Disposiciones referidas al acceso y uso de la infraestructura existente asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos

#### 6.3.1. Disposiciones generales

67. El inciso 13.1 del artículo 13<sup>o34</sup> 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, a fin de proveer el servicio de banda ancha. El acceso y uso de la infraestructura puede ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad de la prestación de los servicios u otras restricciones que considere el Reglamento.
68. En este contexto, el artículo 3<sup>o35</sup> de la Ley de Banda Ancha declaró 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, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha fija y móvil en el territorio nacional.
69. En cuanto al concepto de interés público, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:
- “El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa (...)”<sup>36</sup>.*
70. De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos ocurre por dos mecanismos: la suscripción de un contrato de compartición de infraestructura o, en su defecto, mediante un mandato de compartición de infraestructura emitido por el OSIPTEL.

---

<sup>34</sup> **Ley de Banda Ancha**

**“Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía e hidrocarburos**

13.1. Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctricos e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Este acceso y uso podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios u otras restricciones ser definidas en el reglamento de la presente ley.  
(...)”.

<sup>35</sup> **Ley de Banda Ancha**

**“Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional:**

Declárese de necesidad pública e interés nacional:

(...)”.

ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija y móvil”.

<sup>36</sup> Fundamento once (11) de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de julio de 2004, recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

71. En cuanto a la suscripción del Contrato de Compartición, el artículo 25<sup>037</sup> del Reglamento de la Ley de Banda Ancha refiere que una vez realizado el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura, el titular de la infraestructura debe enviar al solicitante (operador de servicios públicos de telecomunicaciones) un requerimiento de información para tramitar su solicitud, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles desde la recepción de la solicitud. Si en el plazo de treinta (30) días hábiles las partes no consiguen llegar a un acuerdo para suscribir el Contrato de Compartición, el operador de servicios públicos de telecomunicaciones puede solicitar la emisión de un mandato de compartición al OSIPTEL.
72. En ese sentido, en los supuestos de falta de acuerdo, el inciso 26.2 del artículo 26<sup>038</sup> del Reglamento de la Ley de Banda Ancha señala que si el OSIPTEL no comprueba la existencia de justificación para denegar la solicitud de acceso y uso de infraestructura, emitirá el correspondiente mandato de compartición.

### 6.3.2. Disposiciones referidas a la determinación de la contraprestación por acceso y uso compartido

73. El inciso 13.4 del artículo 13<sup>039</sup> de la Ley de Banda Ancha establece las condiciones de la relación de compartición de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica.

37

#### **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**

##### ***“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 hidrocarburo 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”.

38

#### **Ley de Banda Ancha**

##### ***“Artículo 26.- Denegatoria del acceso y uso compartido de la infraestructura***

26.1 Para los casos en los cuales la falta de acuerdo entre las partes se sustente en riesgos de continuidad del servicio de energía, corresponderá al OSIPTEL evaluar la fundamentación del caso, para lo cual solicitará un informe al Ministerio de Energía y Minas y/o al OSINERGMIN, que deberá ser emitido en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles de efectuada la solicitud del OSIPTEL, pudiendo prorrogarse hasta por treinta (30) días más, a solicitud justificada de la entidad que emitirá el referido informe.

26.2 En el caso que OSIPTEL compruebe la existencia de justificación para denegar el acceso y uso de la infraestructura, se dará por concluido el procedimiento. En caso contrario, el OSIPTEL emitirá el mandato de compartición correspondiente conforme a las disposiciones específicas que emita en el marco del artículo 32 de la Ley y que será de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio del procedimiento sancionador que corresponda según lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley.

26.3 No se considerará como limitación técnica 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. Los costos de ambos tipos de reforzamientos, serán considerados como costos de adecuación y deberán ser reconocidos por el Operador de Telecomunicaciones que solicite el acceso y uso a la infraestructura eléctrica respectiva”.

39

#### **Ley de Banda de Ancha**

##### ***“Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía e hidrocarburos***

(...).

13.4 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones:

74. Específicamente, el literal b) del referido inciso 13.4 del artículo 13° indica que el acceso y el uso de la infraestructura se realiza a cambio de una contraprestación inicial, que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario de servicios públicos de energía eléctrica para prestar el acceso y uso de la referida infraestructura, así como contraprestaciones periódicas, las cuales remuneran la operación y mantenimiento de la infraestructura, incluyendo un margen de utilidad razonable. Asimismo, señala que la metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será contemplada en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
75. Así, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha estableció en su Anexo N° 1, la Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica e hidrocarburos. Asimismo, el inciso 30.4 del artículo 30°<sup>40</sup> del Reglamento de la Ley de Banda Ancha señala que el resultado de la Metodología servirá como un precio máximo para las referidas contraprestaciones.

#### 6.4. Naturaleza de los contratos de compartición

76. CONENHUA señaló que el Contrato de Compartición es de naturaleza civil y responde a la garantía constitucional de libertad de contratar, regulada en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, por el cual tiene como única limitación el no contravenir la normativa vigente. Agrega que el mencionado contrato fue negociado de buena fe, libremente y de forma completa, atendiendo los plazos y la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
77. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera necesario realizar algunas anotaciones previas sobre la naturaleza de los contratos de compartición, a fin de

- 
- a. Los concesionarios de servicios públicos 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, de ser necesario, el despliegue de nueva fibra óptica, así como su mantenimiento.
  - b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente Ley.
  - c. De producirse alguna afectación a los servicios de energía eléctrica o de hidrocarburos por causa imputable al concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones, este asumirá las responsabilidades legales que resulten aplicables.
  - d. Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos no podrán efectuar prácticas discriminatorias o celebrar acuerdos exclusivos con empresas de telecomunicaciones, que constituyan conductas anticompetitivas, de conformidad con el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”.

40

#### Reglamento de la Ley de Banda Ancha

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

(...)

30.4 La metodología para determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros operadores de telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas”.

entender la participación del OSIPTEL en las relaciones de compartición que se establezcan en virtud de la Ley de Banda Ancha.

78. Con relación a los servicios públicos, el artículo 58° de la Constitución Política del Perú menciona lo siguiente:

*“Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y **actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura**”.* (Énfasis agregado).

79. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que los elementos que caracterizan a un servicio público son: su naturaleza esencial para la comunidad; la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo; su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad; y la necesidad de que su acceso se realice en condiciones de igualdad<sup>41</sup>. De esta manera, se destaca la relevancia de los servicios públicos, pues la finalidad de dichos servicios es satisfacer necesidades sociales de interés general o colectivo.
80. En ese contexto, el artículo 40°<sup>42</sup> del TUO de la Ley de Telecomunicaciones en concordancia con el artículo 23°<sup>43</sup> del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, se dispone que serán considerados como servicios públicos de telecomunicaciones, aquellos que están a disposición del público general a cambio de una contraprestación tarifaria, de acuerdo con las posibilidades técnicas, y sin discriminación alguna. Además, se precisa que los servicios portadores son necesariamente públicos; mientras que los teleservicios, los servicios de radiodifusión y los servicios de valor añadido pueden ser públicos.
81. Como puede apreciarse, las normas señaladas reconocen la calidad de servicios públicos a ciertos servicios de telecomunicaciones, lo cual implica la instauración de condiciones u obligaciones a las personas naturales o jurídicas que se encuentran involucradas en la prestación de algún servicio público de telecomunicaciones. De este modo, en algunos supuestos, la libertad contractual o la autonomía privada de la voluntad pueden ser limitada, de manera razonable, a fin de facilitar la prestación de dichos servicios.

<sup>41</sup> Fundamento cuarenta (40) de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de febrero de 2005, recaída en el Expediente N° 034-2004-PI/TC. Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>

<sup>42</sup> **TUO de la Ley de Telecomunicaciones**  
*“Artículo 40.- Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello fuere necesario. Los servicios portadores serán considerados necesariamente servicios públicos”.*

<sup>43</sup> **Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**  
*“Artículo 23.- Definición de servicios públicos*  
*Son servicios públicos aquellos cuyo uso está a disposición del público en general a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores. Los servicios portadores son necesariamente públicos. Los teleservicios, los servicios de difusión y los de valor añadido pueden ser públicos”.*

82. En ese sentido, si bien como lo señala CONENHUA, de acuerdo con el artículo 1354° del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 295 (en adelante, Código Civil), las partes en un contrato gozan de libertad contractual, pudiendo determinar libremente el contenido del contrato, este mismo artículo señala que esto se dará siempre que no sea contrario a la norma de carácter imperativo. En relación con ello, el artículo 1355° de la referida norma indica que *“la ley, por consideraciones en interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”*.
83. Sobre el particular, Manuel de la Puente y Lavalle señala que de la redacción del artículo 1355° del Código Civil se desprende la admisibilidad de una de las formas por las cuales la ley puede establecer limitaciones al contenido de los contratos de forma previa al acuerdo de voluntades, esto es, los contratos normados los cuales son definidos como *“aquellos cuyo contenido está previamente sujeto a una regulación legal, de tal manera que el legislador establece determinadas cláusulas imperativas que las partes deben observar al celebrar el contrato”*<sup>44</sup>.
84. Al respecto, como fue previamente mencionado, mediante la Ley de Banda Ancha se declaró de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica y/o hidrocarburos, a fin de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha fija o móvil.
85. En razón a ello, la Ley de Banda Ancha y su reglamento han regulado de forma imperativa diversos aspectos de la relación de compartición, tales como las condiciones que deben ser parte de su contenido, y las obligaciones que asumen los titulares de la infraestructura y el operador de telecomunicaciones, señalando incluso que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de la normativa referida a compartición<sup>45</sup>.
86. En efecto, de acuerdo con el referido marco normativo, dicha relación de compartición debe contener en su contrato las condiciones establecidas por la normativa, entre ellas, las referidas a la contraprestación por el acceso y uso compartido, la prohibición de efectuar prácticas discriminatorias, o celebrar acuerdos de exclusividad, entre otras contempladas en el artículo 13°<sup>46</sup> de la Ley de Banda Ancha.

<sup>44</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Lima, Perú: Palestra. 2011. Pág. 248.

Asimismo, BENÍTEZ CAORSI define al contrato normado como *“aquel cuyo contenido en todo o en parte está sujeto a reglamentación legal imperativa, pero en el que existe libertad respecto de su conclusión”*. (BENÍTEZ CAORSI, Juan. *El Contrato Normado*. Revista de la Facultad de Derecho. Núm. 17. 2000. Pág. 222. Dirección URL: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/296/322>).

<sup>45</sup> **Ley de Banda Ancha**  
**“Artículo 32. Supervisión**  
*El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30”*.

<sup>46</sup> **Ley de Banda Ancha**  
**“Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos**  
(...)  
*13.4 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones:*



87. De esta manera, dado que la relación de compartición originada entre el operador de servicios públicos de telecomunicaciones y el titular de la infraestructura eléctrica y/o hidrocarburos responde a una situación regulada en la Ley de Banda Ancha como de necesidad pública e interés nacional, deberá contemplar en su contenido diversos aspectos regulados por la normativa, por lo que se desprende que el contenido del contrato por el acceso y uso de infraestructura pública no depende exclusivamente de la libre voluntad de las partes.
88. En efecto, las relaciones de compartición para la provisión de servicios de banda ancha, como es el caso del Contrato de Compartición entre CONENHUA y AZTECA, deben cumplir con Ley de Banda Ancha y su Reglamento, que dispone y regula ese tipo de compartición, así como su contenido; por lo que los contratos acordados sobre la base de ese marco normativo, ven afectados su carácter privado, en tanto su objeto reviste de un interés público particular; en tal sentido, el contenido del referido contrato de compartición debe atender las condiciones establecidas en la normativa correspondiente.
89. Por lo tanto, en atención a la naturaleza de los contratos de compartición y al interés público inmerso en las relaciones de compartición en el marco de la Ley de Banda Ancha, lo argumentado por CONENHUA con relación a que los contratos de compartición son de naturaleza civil y se rijan solo por la libertad de contratar de las partes, no se ajusta al marco normativo debido a que si bien éstos deben ejecutarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes, existen límites y condiciones a dicha libertad de configuración contractual, uno de los cuales sería la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura, cuya determinación precisamente se encuentra reglada por la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

#### **6.5. Marco normativo de las competencias asignadas a los Cuerpos Colegiados Ad Hoc para conocer y resolver controversias sobre compartición de infraestructura**

90. De acuerdo con el literal e) del inciso 1 del artículo 3<sup>o</sup><sup>47</sup> de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios

*a. Los concesionarios de servicios públicos 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, de ser necesario, el despliegue de nueva fibra óptica, así como su mantenimiento.*

*b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente Ley.*

*c. De producirse alguna afectación a los servicios de energía eléctrica o de hidrocarburos por causa imputable al concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones, este asumirá las responsabilidades legales que resulten aplicables.*

*d. Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos no podrán efectuar prácticas discriminatorias o celebrar acuerdos exclusivos con empresas de telecomunicaciones, que constituyan conductas anticompetitivas, de conformidad con el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”.*

<sup>47</sup>

#### **Ley Marco de Organismos Reguladores**

##### **“Artículo 3.- Funciones**

*3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:*

Públicos (en adelante, Ley Marco de Organismos Reguladores), el OSIPTEL ejerce entre otras, la función de solución de controversias, que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

91. De conformidad con el artículo 36<sup>o48</sup> de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL (en adelante, Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL) y el artículo 49<sup>o49</sup> del Reglamento General del OSIPTEL, en concordancia con los artículos 2<sup>o50</sup> y 42<sup>o51</sup> del Reglamento de Solución de Controversias, las empresas no operadoras de telecomunicaciones pueden ser susceptibles de reclamar y ser reclamadas, tratándose de controversias que se planteen como consecuencia de acciones y omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

---

(...)

e) *Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; (...)*

48

**Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL**

**“Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa**

(...)

*Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, 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”.*

49

**Reglamento General del OSIPTEL**

**“Artículo 49.- Definición de Función de Solución de Controversias.**

*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.*

*Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI.*

*Asimismo, 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.*

*La función de resolver controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos. De llegarse a una conciliación exitosa y de ser ésta aprobada por el OSIPTEL, se dará por terminada la controversia correspondiente”.*

50

**Reglamento de Solución de Controversias**

**“Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL. (...)**

*Asimismo, 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”.*

51

**Reglamento de Solución de Controversias**

**“Artículo 42.- Legitimidad para obrar.** *Toda empresa que brinde servicios públicos de telecomunicaciones puede recurrir ante el OSIPTEL, directamente o a través de su representante legal, para reclamar la solución de una controversia o conflicto que tenga con otra empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones, por cualquiera de las materias a que se refiere el artículo 2 del presente Reglamento. La representación procesal, podrá acreditarse con carta poder simple o declaración jurada, salvo para el desistimiento de la pretensión o para acogerse a las formas de terminación convencional del procedimiento, en cuyo caso se requerirá poder especial formalizado de acuerdo a lo establecido en el artículo 115° de la Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias.*

*Asimismo, pueden ser susceptibles de reclamar y ser reclamados, las empresas no operadoras, tratándose de controversias a las que se refiere el último párrafo del artículo 2 del presente Reglamento”.*

92. Al respecto, el artículo 36<sup>o52</sup> de la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL y el artículo 51<sup>o53</sup> del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL), disponen que los órganos competentes para el ejercicio de la función de solución de controversias son los Cuerpos Colegiados, en primera instancia, y el Tribunal de Solución de Controversias, en segunda y última instancia administrativa.
93. En ese contexto, de conformidad con el literal f) del artículo 53° del Reglamento General del OSIPTEL<sup>54</sup>, en concordancia con lo dispuesto por el literal f) del artículo 2°<sup>55</sup> y el artículo 7°<sup>56</sup> del Reglamento de Solución de Controversias, los Cuerpos Colegiados Ad Hoc del OSIPTEL son competentes para conocer en la vía administrativa las controversias entre empresas relacionadas con el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
94. Cabe indicar que el artículo 3°<sup>57</sup> del Reglamento de Solución de Controversias señala que la vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL.
95. En ese sentido, el Consejo Directivo del OSIPTEL ha reconocido en diversos mandatos de compartición de infraestructura emitidos bajo el marco de la Ley de

---

52 **Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL**  
**“Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa**  
Son competentes para resolver controversias:  
a) En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.  
b) En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable. (...)”

53 **Reglamento General del OSIPTEL**  
**“Artículo 51.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función de Solución de Controversias.**  
Los Cuerpos Colegiados resolverán en primera instancia las controversias que se encuentren bajo la competencia de OSIPTEL. Las apelaciones serán resueltas por el TRIBUNAL, con lo que quedará agotada la vía administrativa”.

54 **Reglamento General del OSIPTEL**  
**“Artículo 53.- Controversias entre Empresas**  
OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:  
(...)  
f) Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones”.

55 **Reglamento de Solución de Controversias**  
**“Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL.** El OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:  
(...)  
f. El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.  
(...)”.

56 **Reglamento de Solución de Controversias**  
**“Artículo 7°.- Primera instancia.**  
7.1 Los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL son los órganos encargados de conocer y resolver en primera instancia administrativa las controversias a las que se refiere el artículo 2° del presente Reglamento.  
7.2 El OSIPTEL contará con Cuerpos Colegiados Ad Hoc, que tendrán a su cargo las controversias relacionadas a las materias descritas en el artículo 2° del presente Reglamento, a excepción de aquellas referidas a los incumplimientos a la normativa de libre y leal competencia previstas en el literal a) del referido artículo.  
(...)”.

57 **Reglamento de Solución de Controversias**  
**“Artículo 3.- Vía previa.** La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL”.

Banda Ancha y su Reglamento, que las instancias de solución de controversias del OSIPTEL son competentes para resolver los conflictos suscitados entre empresas operadoras de telecomunicaciones y los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos en materia de compartición de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, destinada a la provisión del servicio de banda ancha, en el marco de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento<sup>58</sup>.

96. Asimismo, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL ha reconocido la competencia de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL para resolver las controversias derivadas de la ejecución de los contratos suscritos en el marco de la Ley de Banda Ancha, en ejercicio de su función de solución de controversias<sup>59</sup>.

## VII. ANÁLISIS

97. De acuerdo con lo descrito en el punto III de la presente resolución, es materia de análisis en la presente controversia: (i) si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, (ii) si para el cálculo de la contraprestación contenida en la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología, y (iii) si de verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología, determinar el monto que corresponde a CONENHUA devolver a AZTECA. Ello, con el fin de emitir pronunciamiento sobre los puntos controvertidos fijados en la Resolución N° 006-2018-CCO/OSIPTEL.

### 7.1. Determinar si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha

98. Respecto del primer punto controvertido, AZTECA indicó que si bien la fórmula de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha

<sup>58</sup> A manera de ejemplo, se pueden revisar los siguientes mandatos de compartición, emitidos bajo el marco de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento: i) Resolución de Consejo Directivo N° 078-2015-CD/OSIPTEL de fecha 09 de julio de 2015, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Consorcio Transmantaro S.A. (Expediente N° 00002-2015-CD-GPRC/MC); y, ii) Resolución de Consejo Directivo N° 077-2015-CD/OSIPTEL de fecha 09 de julio de 2015, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.A. y Red de Energía del Perú S.A. (Expediente N° 00001-2015-CD-GPRC/MC). Asimismo, a manera de ejemplo, el Consejo Directivo se pronunció en ese sentido en las siguientes resoluciones: i) Resolución de Consejo Directivo N° 143-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 19 de junio de 2018, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electro Sur Este S.A.A. (Expediente N° 00002-2018-CD-GRPC/MC), ii) Resolución de Consejo Directivo N° 156-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 5 de julio de 2018, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electrocentro S.A. (Expediente N° 00018-2017-CD-GPRC/MC), y iii) Resolución de Consejo Directivo N° 157-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 5 de julio de 2018, que aprueba el mandato de compartición de infraestructura entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. (Expediente N° 00003-2018-CD-GPRC/MC).

<sup>59</sup> El Tribunal de Solución de Controversias se pronunció de esta manera en las siguientes resoluciones: Resolución N°007-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 2 de abril de 2018, expedida en el expediente N° 006-2017-CCO-ST/CI; Resolución N°008-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 2 de abril de 2018, expedida en el expediente N° 007-2017-CCO-ST/CI; Resolución N°009-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 2 de abril de 2018, expedida en el expediente N° 008-2017-CCO-ST/CI.

no señala expresamente qué debe entenderse por número de arrendatarios de la infraestructura eléctrica, el valor del denominador “Na” sería tres (3) en atención al razonamiento económico de la fórmula. Por su parte, CONENHUA señaló que la referida fórmula no indica que el valor del denominador “Na” sea tres (3), lo cual no ha sido modificado ni aclarado por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, por lo que al momento de la suscripción del Contrato de Compartición las partes interpretaron que el valor de dicho denominador correspondía al número de arrendatarios reales.

99. En relación con ello, como ha sido desarrollado previamente, la Ley de Banda Ancha dispone que el acceso y uso de la infraestructura eléctrica se realiza a cambio de una contraprestación periódica que remunera la operación y mantenimiento, incluyendo el margen de utilidad razonable, para lo cual dispone que las referidas contraprestaciones periódicas –del mismo modo que la contraprestación inicial– debían ser determinadas siguiendo las pautas de la Metodología establecida en su reglamento<sup>60</sup>.
100. Con relación a las contraprestaciones periódicas, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha contiene el Anexo 1 denominado “*Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos*”, en la cual se detalla la fórmula para obtener la contraprestación mensual o periódica que deberá pagar el operador de los servicios públicos de telecomunicaciones por el acceso y uso compartido de la infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos.
101. Así, en la versión primigenia de la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha –vigente al momento de la suscripción del Contrato de Compartición– la referida fórmula se expresó de la siguiente manera:

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

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

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

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

$$B = 1 / Na$$

Donde Na: número de arrendatarios

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

<sup>60</sup>

Confróntese con el artículo 13° de la Ley de Banda Ancha y el artículo 30° del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

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

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

f: 20%

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

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

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

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

Donde:

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

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

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

Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.

102. De lo anterior, se observa la descripción de los componentes de la fórmula para la determinación de la contraprestación periódica: Impuestos municipales (Imp), Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte (OMC), el factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios (B) y un margen de utilidad razonable ( $i_m$ ). Asimismo, se agrega la modalidad de cálculo para hallar el valor del factor "OMC" para el caso de la infraestructura eléctrica.
103. Sobre la base de lo anteriormente mencionado, se advierte que en la referida metodología, se aludió por única vez al denominador "Na" como componente del factor "B" (**factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios**), siendo descrito como el "número de arrendatarios", sin habersele consignado un valor constante, tal como ocurrió con otros componentes de la fórmula (v.g. la variable "f", como componente del factor OMc, la cual tuvo como único valor: 20%).
104. Así, cabe indicar que si bien la citada fórmula no ha asignado un valor concreto al denominador "Na" como sí lo hace para la variable "f", ello no conlleva a asumir que su fijación se encuentre al libre albedrío de las partes, debido a que éste es componente de una fórmula regulada de observancia obligatoria para calcular la contraprestación y, con ello, asegurar el despliegue y correcto funcionamiento de las redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha. En ese sentido, al momento de consignar el valor del denominador "Na" en una relación de compartición, las

partes no pueden desconocer la normativa y, por ende, el carácter regulado de la fórmula.

105. De otro lado, de la misma manera que sucedió con la versión primigenia de la fórmula prevista en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, con la expedición de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, que modifica los valores del “m” y “f” de la citada Metodología, en la descripción de la citada fórmula se alude al denominador “Na” únicamente como componente del factor “B” (**factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios**), identificándola nuevamente como el “número de arrendatarios”, cuyo valor no fue definido como constante.
106. En ese sentido, de la revisión de la Ley de Banda Ancha y su reglamento, para el denominador “Na” no se establece mayor referencia para el cálculo del mismo que la definición correspondiente al “numero de arrendatarios”, por lo que este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluye respecto del primer punto controvertido que, si bien el valor del denominador “Na” es regulado, no se le ha previsto un único valor en la fórmula contenida en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

**7.2. Determinar si para el cálculo de la contraprestación contenida en la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.**

107. Como parte de sus argumentos, AZTECA sostuvo que con la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 se modificaron los valores del “f” y “m”, lo cual tuvo sustento en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que desarrolló el razonamiento económico de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de La Ley de Banda Ancha, evidenciándose que el valor del denominador “Na” siempre fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios efectivos. Así, AZTECA adujo que se percató que había realizado pagos a CONENHUA por encima del precio máximo, por lo que solicita la devolución de dicho pago en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición.
108. En efecto, AZTECA indicó que el valor del denominador “Na” como tres (3) es aplicable desde el inicio de la relación de compartición, sobre la base del razonamiento económico desarrollado en el Informe N° 292-2017-MTC/26, y que también tendría pleno asidero en el Informe N° 251-2013-MTC/26, el cual sustentó al Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Además, el valor del denominador “Na” como equivalente a tres (3) ha sido reconocido por el OSIPTEL y el MTC.
109. Por su parte, CONENHUA señaló que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición se calculó de acuerdo con la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Sobre el particular, considera que el valor del denominador “Na” no fue modificado ni aclarado por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, pues es una norma de inferior rango, y que tuvo sólo la intención de modificar los valores de las variables “f” y “m”, sin hacer referencia al

valor del citado denominador. Por lo tanto, desde la suscripción del Contrato de Compartición, ambas partes asumieron que el valor del denominador “Na” correspondía al número de arrendatarios reales.

110. Al respecto, considerando que el denominador “Na” se encuentra definido pero no tiene un único valor en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y que tampoco corresponde a la esfera privada de las partes, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc determinar si el valor utilizado por las partes para calcular la contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura en virtud del Contrato de Compartición, fue conforme con la citada Metodología.
111. Sobre el particular, en la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, referida a las condiciones para la retribución por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, se observa que las partes acordaron los valores unitarios. Si bien no se detalla el cálculo de dichos valores, las partes consignaron que fueron *“determinados a partir de la aplicación de la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 29904 (Decreto Supremo N° 014-2013-MTC)”*<sup>61</sup>.
112. Al respecto, se prevé que la contraprestación periódica sería el resultado de la suma de la multiplicación del número de torres compartidas por los citados valores unitarios, los cuales son detallados a continuación:

Descripción	Valor Unitario <sup>62</sup>
Torres de retención de alta tensión de 60kV comprendidas en las líneas de transmisión “Huancavelica – Ingenio” e “Ingeniosa – Caudalosa”	\$50.00
Torres de Suspensión de Alta Tensión de 60kV comprendidas en las líneas de transmisión “Huancavelica – Ingenio” e “Ingeniosa – Caudalosa”	\$44.00

Fuente: Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica, suscrito entre AZTECA y CONENHUA.

113. De este modo, no resulta factible apreciar los valores utilizados por las partes en el Contrato de Compartición para cada componente de la fórmula de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha (entre ellos, el valor del denominador “Na”). Pese a que durante la etapa probatoria se requirió a las partes la remisión de dichos valores, estas no remitieron esa información. Sin embargo, con posterioridad, CONENHUA adjuntó dos modelos de cálculo, utilizados en la fase de negociaciones previas a la firma del Contrato de Compartición<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Al respecto, confróntese con el numeral 4.3 de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición.

<sup>62</sup> De acuerdo con el Contrato de Compartición, los valores unitarios pactados por AZTECA y CONENHUA no incluían el impuesto general a las ventas (I.G.V.).

<sup>63</sup> Así, en el correo electrónico de fecha 9 de diciembre de 2014, AZTECA remitió a CONENHUA el documento en formato Excel denominado “Modelo de cálculo 141127.xls”. Asimismo, en el correo electrónico de fecha 16 de enero de 2015, AZTECA remitió a CONENHUA los montos que estuvieron dispuestos a pagar por concepto de la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de CONENHUA, precisando que fueron calculados en función de los valores de las torres remitidos por CONENHUA y sobre la base de la metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, para lo cual anexó el documento en formato Excel denominado “Reunión Precios Conenhua 150116”.



114. En ese sentido, a pesar de que en el presente procedimiento no se cuenta con el sustento técnico – económico de los valores que fueron asignados a los componentes de la fórmula prevista en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, para determinar los valores unitarios de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, del modelo de cálculo se evidencia que las partes atribuyeron al denominador “Na” un valor equivalente a uno (1)<sup>64</sup>.
115. No obstante ello, AZTECA ha cuestionado que el monto calculado excedió el precio máximo, en tanto se asignó erróneamente como uno (1) al valor del denominador “Na”. Por su parte, CONENHUA reafirmó que el citado valor fue fijado correctamente.
116. En virtud de lo anteriormente expuesto, dado que la controversia suscitada entre las partes se concentra en identificar el valor que, conforme con la normativa, debió consignarse al denominador “Na” desde el inicio de la relación de compartición hasta la fecha de emisión del mandato de compartición; corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc verificar si, efectivamente, la asignación del citado valor como uno (1) fue conforme con la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
117. Para tal efecto, es menester señalar previamente que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 62° de la Constitución Política de 1993, se garantiza la libertad de contratar en los siguientes términos:
- “Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...)”.*** (Subrayado agregado).
118. En ese contexto, corresponde evaluar las normas jurídicas que se encontraron vigentes a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, es decir, al 12 de marzo de 2015.
119. Al respecto, se tiene la Ley de Banda Ancha la cual fue publicada en el diario oficial El Peruano, con fecha 20 de julio de 2012<sup>65</sup>, esto es, con anterioridad al inicio de la relación de compartición. Cabe indicar que, en su artículo 13° se regula lo concerniente a las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura, precisándose que estas debían ser determinadas según las pautas de la metodología a ser establecida en su reglamento.
120. Como consecuencia de lo anterior, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, publicado el 4 de noviembre de 2013 en el diario oficial El Peruano, a través de su Anexo 1,

<sup>64</sup> Mediante el escrito de reclamación, de fecha 23 de julio de 2018; escrito N° 4, de fecha 26 de diciembre de 2018; escrito N° 5, de fecha 23 de enero de 2019; y el escrito N° 6, de fecha 25 de febrero de 2019; AZTECA señaló que ambas partes pactaron la retribución mensual por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de CONENHUA, sobre la base del valor del denominador “Na” como equivalente a uno (1).

Asimismo, a través de los escritos de fechas 26 de diciembre de 2018 y 25 de febrero de 2019, CONENHUA señaló que ambas partes pactaron la retribución mensual por el acceso y uso de su infraestructura eléctrica, sobre la base del valor del denominador “Na” como equivalente a uno (1).

<sup>65</sup> Al respecto, confróntese con la Ley N° 29904, publicada en las Normas Legales del diario oficial El Peruano, el día viernes 20 de julio de 2012. Dirección URL: [https://busquedas.elperuano.pe/download/full/3wbh\\_fkYKgz9BL3j4o2iUO](https://busquedas.elperuano.pe/download/full/3wbh_fkYKgz9BL3j4o2iUO)

estableció la metodología para determinar las contraprestaciones por el acceso y uso de infraestructura<sup>66</sup>.

121. Es preciso señalar que el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC que aprueba el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, no remitió a otro documento de mayor desarrollo. En su parte considerativa si bien indicó que por previa Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03 se publicó el proyecto del Reglamento<sup>67</sup>, el cual sí contuvo exposición de motivos<sup>68</sup>, ésta no contiene desarrollo alguno sobre la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
122. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc advierte que, a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, AZTECA y CONENHUA únicamente se encontraron sometidas a lo dispuesto por la Ley de Banda Ancha y su reglamento, en tanto fue el único marco normativo vigente al que las partes debían regirse, a efectos de asignar un determinado valor al denominador “Na”.
123. Es oportuno precisar que si bien la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03 al publicar el proyecto del Reglamento de la Ley de Banda Ancha para comentarios también publicó la exposición de motivos, en este documento la única referencia sobre las contraprestaciones por el acceso y uso de infraestructura fue la siguiente:

En efecto, el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios 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, en la cual se incluirán los costos de adecuación de la infraestructura, es decir, el reforzamiento de postes o torres, o el reforzamiento de la línea, entendida como la necesidad de inclusión de postes o torres adicionales que disminuyan los vanos y flechas para mejorar la altura de las líneas de las estructuras de las redes eléctricas. Asimismo, el concesionario de telecomunicaciones deberá efectuar contraprestaciones periódicas que remunerarán la operación y mantenimiento, incluido el precitado margen de utilidad razonable.

Fuente: Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03

<sup>66</sup> Al respecto, confróntese con el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, publicado en la Edición Extraordinaria de las Normas Legales del diario oficial El Peruano, el día lunes 4 de noviembre de 2013. Dirección URL: <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/FOK0d7cJ4yuBgCeJWelXBZ>

<sup>67</sup> **Decreto Supremo N° 014-2013-MTC**  
“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA  
CONSIDERANDO:  
(...)  
Que, mediante Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC de fecha 11 de junio de 2013, se dispuso la publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, del proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica; efectuándose la publicación el 13 de junio de 2013; habiéndose recibido y evaluado los comentarios de los interesados (...).”

<sup>68</sup> Al respecto, confróntese con la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03, publicada en las Normas Legales del diario oficial El Peruano, el día jueves 13 de junio de 2013. Dirección URL: <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/BLRrUm8x49zBlARRrCilZv>

124. Así, dado que la Ley de Banda Ancha y su reglamento únicamente previeron como definición del factor “B” el **“factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios”**, sobre la base del principio de legalidad era plenamente razonable que las partes asumieran que el valor del denominador “Na” (número de arrendatarios) fuera equivalente a uno (1), conforme fue reconocido por CONENHUA y por la propia AZTECA, toda vez que a la fecha de suscripción del contrato, las partes no contaron con un criterio interpretativo o razonamiento económico que hubiera permitido vincular el valor del denominador “Na” como igual a tres (3), siendo que la asignación de uno (1) guardó relación con el número de arrendatarios efectivos que tenía la infraestructura objeto de compartición, tal como fue aseverado por CONENHUA en el procedimiento<sup>69</sup>.
125. A pesar de lo anterior, como se expuso previamente, AZTECA fundamentó su reclamación señalando que si bien en su momento no estuvo previsto el valor del denominador “Na” como igual a tres (3), por lo que en dicha oportunidad consideró que su asignación como uno (1) era el correcto, fue con la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 que se percató del cálculo erróneo de la contraprestación en su Contrato de Compartición, pues con el Informe N° 292-2017-MTC/26 se desarrolló el razonamiento económico de la fórmula, el cual también habría tenido asidero en el Informe N° 251-2013-MTC/26, que sustentó el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Además, invocó la existencia de pronunciamientos emitidos por el MTC y OSIPTEL, que han establecido que el valor del denominador “Na” debe ser igual a tres (3). Por ello, solicitó a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, considerar que dicho valor es tres (3) desde el inicio de la relación de compartición, máxime si no ha sido modificado.

### 7.2.1. Sobre el Informe N° 251-2013-MTC/26

126. Corresponde señalar que el Informe N° 251-2013-MTC/26 no fue publicado previa o conjuntamente con el Reglamento de la Ley de Banda Ancha a fin de que pudiese servir de base para la interpretación jurídica de dicha norma al suscribir el Contrato de Compartición.
127. Al respecto, AZTECA sostiene que el Informe N° 251-2013-MTC/26 –aunque no fue considerado por las partes al momento de la suscripción del Contrato de Compartición porque no era público<sup>70</sup>- desarrolla la lógica para determinar el valor de la variable “f”, relativa a asumir que en promedio toda infraestructura eléctrica podía alojar hasta tres (3) cables de fibra óptica, lo que implica que el valor del denominador “Na” debe ser equivalente a tres (3), desde el inicio de la relación de compartición.
128. Por su parte, CONENHUA indicó que el Contrato de Compartición fue suscrito en el marco de los lineamientos establecidos por la Ley N° 29904, por lo que la

<sup>69</sup> Al respecto, CONENHUA señaló en su escrito presentado con fecha 26 de diciembre de 2018, que desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta el Mandato de Compartición emitido por el Consejo Directivo del OSIPTEL, ambas partes interpretaron que el valor del denominador “Na” correspondía al número de arrendatarios reales.

<sup>70</sup> En la Audiencia de Informe Oral, realizado el 14 de marzo de 2019, AZTECA señaló que, a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, el Informe N° 251-2013-MTC/26 no era público, por lo cual no fue tomado en cuenta, siendo que recién tomaron conocimiento de dicho informe cuando fue mencionado en el Informe N° 292-2017-MTC/26.

contraprestación fue calculada sobre la base de la fórmula utilizada por el MTC, tal como se aprecia de sus medios probatorios presentados en el presente procedimiento.

129. Sobre el particular, es oportuno recordar que mediante Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 11 de diciembre de 2018, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, entre otros, encargar a la STCCO del OSIPTEL solicitar al MTC, la remisión del informe sustentatorio de la versión final del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, incluyendo el correspondiente al Anexo N° 1 de dicha norma (Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía e hidrocarburos).
130. Ante la citada comunicación, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC, remitió el Oficio N° 25857-2018-MTC/27, recibido con fecha 27 de diciembre de 2018, anexando el Informe N° 251-2013-MTC/26 y su Anexo N° 1 “Matriz de comentarios”, indicando que estos documentos fueron elaborados para sustentar el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. De la información remitida por el MTC, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc advierte lo siguiente:
- (i) El Informe N° 251-2013-MTC/26 fue un documento elaborado por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, por el cual resume la respuesta del MTC a los comentarios recibidos al proyecto del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, publicado previamente por la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03<sup>71</sup>.
  - (ii) El Informe N° 251-2013-MTC/26 concluyó que correspondía aprobar el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, para lo cual se recomendó poner a consideración del Viceministerio de Comunicaciones del MTC, el citado informe, el proyecto del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y su exposición de motivos<sup>72</sup>.
131. De lo anteriormente expuesto, se puede deducir que el Informe N° 251-2013-MTC/26 no tiene la naturaleza de exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en los términos del artículo 2º<sup>73</sup> del Reglamento de la Ley Marco para la

71

**Informe N° 251-2013-MTC/26**

(...).

**II. EVALUACIÓN DE LOS COMENTARIOS RECIBIDOS A LOS PROYECTOS NORMATIVOS**

*Los comentarios remitidos por los interesados respecto de los Proyectos Normativos, han sido evaluados y absueltos en la Matriz de Comentarios (Anexo N° 1), habiéndose considerado en el análisis las opiniones alcanzadas por el MINEM, OSIPTEL y OSINERGMIN.*

*Como resultado de la referida evaluación, se ha considerado necesario efectuar modificaciones y precisiones al Proyecto de Reglamento, por los argumentos que se exponen en la Matriz de Comentarios y que se resumen a continuación.*

(...). (Subrayado agregado). (Pág. 2).

72

**Informe N° 251-2013-MTC/26**

**“V. CONCLUSIÓN**

*En base a la evaluación realizada en la Matriz de Comentarios que se adjunta como Anexo 1 del presente informe, así como lo señalado en párrafos precedentes, se concluye que corresponde aprobar el Reglamento de la Ley N° 29904.*

(...).

**VI. RECOMENDACIÓN**

*Se recomienda poner a consideración del Viceministro de Comunicaciones, el presente informe, así como el proyecto normativo que reglamenta la Ley N° 29904 y su respectiva exposición de motivos. (...). (Pág. 26).*

73

**Reglamento para la Producción y Sistematización Legislativa**

**“Artículo 2.- Exposición de motivos.**

Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS (en adelante, Reglamento para la Producción y Sistematización Legislativa) que permitiesen utilizar sus fundamentos como criterio interpretativo para la aplicación de la norma. En efecto, el citado informe, además de no haber sido publicado tal como también fue aseverado por AZTECA, es un trabajo preparatorio<sup>74</sup> que resume la respuesta del MTC a los comentarios del proyecto de Reglamento de la Ley de Banda Ancha, publicado por la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03.

132. Sin perjuicio de ello, se observa que, con el objeto de resumir la respuesta a los comentarios de los interesados al proyecto del reglamento, el Informe N° 251-2013-MTC/26 describió, entre otros aspectos, la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, con especial énfasis en el desarrollo del sustento de los valores de las variables “f”, “h”, “l” y “m”.
133. Con relación al denominador “Na”, la única referencia en el Informe N° 251-2013-MTC/26 consistió en su descripción como componente del factor “B” (“factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios”), tal como efectivamente aparece en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha:

De otro lado, consideramos importante incluir información adicional que sustentan en mejor medida los Valores Utilizados en la Fórmula del Anexo, tal como se detalla a continuación:

i) La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:

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

Donde:

Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).

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

B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.  
 $B = 1 / Na$   
 Donde Na: número de arrendatarios

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

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

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

f: 20%

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

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

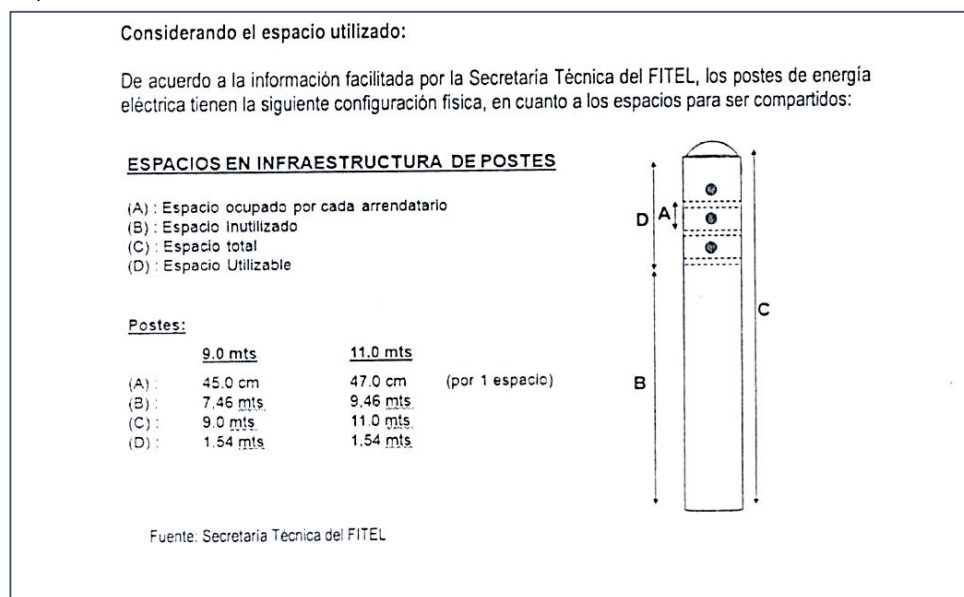
Fuente: Informe N° 251-2013-MTC/26 (Pág. 19).

*La exposición de motivos consiste en la fundamentación jurídica de la necesidad de la propuesta normativa, con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada y doctrina que se ha utilizado para su elaboración. Asimismo, la fundamentación debe incluir un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada, así como sobre su coherencia con el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional y con las obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado”.*

<sup>74</sup>

De acuerdo con Shoschana Zusman, los trabajos preparatorios son “el conjunto de los testimonios dejados de la elaboración de las normas por parte de sus redactores. Una exposición de motivos, en cambio, es un documento orgánico elaborado por el redactor de la norma, que la acompaña, con el objeto de explicarla”. (ZUSMAN, Shoschana. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2018. Pág. 178).

134. Del mismo modo, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estima oportuno precisar que en la Matriz de Comentarios que forma parte del contenido del Informe N° 251-2013-MTC/26, el MTC únicamente mencionó que para la determinación de la contraprestación periódica se planteaba una fórmula, como un pago máximo<sup>75</sup>, sin efectuar especificaciones sobre el denominador “Na”.
135. En ese contexto, del Informe N° 251-2013-MTC/26, se advierte que el MTC sustentó la determinación del valor de la variable “P”<sup>76</sup> sobre la base de dos criterios: (i) criterio que considera el espacio utilizado, y (ii) criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica.
136. Con relación al **criterio que considera el espacio utilizado**, sobre la base de la información proporcionada por la Secretaría Técnica del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (en adelante, Secretaría Técnica del FTEL), el MTC consideró como primer supuesto a la configuración física, en cuanto a los espacios para ser compartidos, de dos tipos de postes de energía eléctrica (de nueve (9) y once (11) metros). Se tiene:



Fuente: Informe N° 251-2013-MTC/26 (Pág. 21).

137. Sobre la base de la información presentada, el MTC efectuó un cálculo para obtener los valores sobre la base del ratio realizado entre el espacio utilizable y el espacio

<sup>75</sup> Al respecto, se indicó lo siguiente en la Matriz de Comentarios:  
 “(...) Bajo esta redacción es necesario precisar lo siguiente:  
 - En principio, todos los operadores de telecomunicaciones deberán pagar por igual, por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica.  
 - El monto máximo a pagar se determina de acuerdo a la metodología del Anexo 1 (tanto la contraprestación inicial como las periódicas).  
 (...)”  
Cabe indicar que en el Anexo 1 se regula tanto la contraprestación inicial como las periódicas (en el caso de las periódicas se plantea una fórmula) como un pago máximo, (...).”

<sup>76</sup> Confróntese páginas veintiuno (21) a veintitrés (23) del Informe N° 251-2013-MTC/26.



total. Así, se obtuvieron los ratios de 17% para el poste de nueve (9) metros<sup>77</sup>, y 14% para el poste de once (11) metros<sup>78</sup>.

138. Como segundo supuesto del criterio que considera el espacio utilizado, el Informe N° 251-2013-MTC/26 analizó la distribución de espacios en diversos estados de los Estados Unidos de América, conforme con lo siguiente:

La distribución de espacios mostrada es similar a la que se regula en diversos estados de Estados Unidos<sup>5</sup>.

Utah	Pies	Alaska	Pies	Louisiana	Pies	Maine	Pies
Altura promedio poste	37.5	Altura promedio poste	-	Altura promedio poste	-	Altura promedio poste	35
espacio usable	13.5	espacio usable	13.5	espacio usable	13.5	espacio usable	-
usado por energía	7.5	usado por energía	-	usado por energía	-	usado por energía	4.5
disponible para telecom	6	ocupado por telecom	1	ocupado por telecom	2	asignado a telecom	3
ratio: espacio disponible entre total	16%	ratio: espacio telecom entre usable	7%	ratio: espacio telecom entre usable	15%	ratio: espacio asignado a telecom entre total	9%

Fuente: Analysis of Pole Attachment Rate Issues in Tennessee; Elaboración: DGRAIC-MTC

Fuente: Informe N° 251-2013-MTC/26. (Págs. 21 y 22).

139. De este supuesto, se advierte que el MTC, discrecionalmente, consideró como una buena aproximación para determinar el porcentaje de los costos de operación y mantenimiento (a ser representado por la variable "f"), únicamente al valor presente en el estado de Utah, equivalente a 16% como resultado obtenido del ratio entre espacio disponible para ser utilizado por las empresas de telecomunicaciones y el espacio o altura total del poste de energía eléctrica, dejando de lado los valores obtenidos de los ratios para los estados de Alaska, Louisiana y Maine<sup>79</sup>.
140. Al respecto, dado que el valor obtenido de 16% para el supuesto de distribución de espacios en los Estados Unidos de América, en específico del estado de Utah, es cercano a los valores obtenidos para el supuesto por la configuración física de los postes de nueve (9) y once (11) metros, equivalentes a 17% y 14%, respectivamente, el MTC concluyó que la información utilizada se encuentra dentro de un margen de variación aceptable<sup>80</sup>. Sin embargo, no optó de forma especial por alguno de los citados valores.

<sup>77</sup> Al respecto, en el supuesto del poste de nueve (9) metros, por aplicación del ratio del espacio utilizable entre el espacio total", se obtuvo el valor de 17%, como resultado de la división de 1.54 metros (espacio utilizable) entre 9 metros (espacio total).

<sup>78</sup> Al respecto, en el supuesto del poste de once (11) metros, por aplicación del ratio del espacio utilizable entre el espacio total, se obtuvo el valor de 14%, como resultado de la división de 1.54 metros (espacio utilizable) entre 11 metros (espacio total).

<sup>79</sup> **Informe N° 251-2013-MTC/26**  
 "(...)  
 En base a la información observada, se considera que una buena aproximación para determinar el porcentaje de los costos de operación y mantenimiento que deben asumir las empresas de telecomunicaciones, es el ratio entre el espacio disponible para ser utilizado por las empresas de telecomunicaciones y el espacio o altura total del poste de energía eléctrica; el cual es 16%, como se observa en el cuadro anterior.  
 (...)" (Pág. 22).

<sup>80</sup> **Informe N° 251-2013-MTC/26**  
 "(...)  
 Cabe notar que el citado valor [16% del estado de Utah] es cercano al ratio "espacio utilizable/espacio total" (D/C) observado en la información proporcionada por FTEL [17% para postes de nueve (9) metros y 14% para postes de once (11) metros]; lo que confirma que la información utilizada se encuentra dentro de un margen de variación aceptable". (Pág. 22).

141. En virtud de lo anteriormente expuesto, con relación al primer criterio considerando el espacio utilizado, se colige que, en el primer supuesto, éste habría sido construido sobre la base de la información proporcionada por la Secretaría Técnica del FTEL, se puede observar que en la configuración física de los postes eléctricos de nueve (9) y once (11) metros, se representó que tales infraestructuras soportaban el número de tres (3) “arrendatarios”. Sin embargo, respecto del segundo supuesto, construido con relación a la información de distribución de espacios en los Estados Unidos de América, no se desarrolló información que identifique el número de cables que soportaría el espacio disponible de la respectiva infraestructura para el estado de Utah.
142. Adicionalmente a ello, es oportuno resaltar que luego del cálculo del valor de la variable “f” sobre la base de este primer criterio que considera el espacio utilizado, el MTC incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “f” a 20%<sup>81</sup>, lo cual para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, no podría generar certeza a quienes aplican la normativa de banda ancha, de una relación tal entre los valores de la variable “f” y del denominador “Na” que implique que este último sea equivalente a tres (3).
143. En efecto, el citado Informe no hizo referencia al denominador “Na” al momento de construcción de la variable “f”, **solo contempló entre una de las posibilidades** la premisa de la existencia de tres (3) cables de fibra óptica para sustentar el razonamiento del criterio que considera el espacio utilizado.
144. Luego, con relación al **criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica**, en el Informe N° 251-2013-MTC/26, el MTC señaló que por este criterio resulta razonable también distribuir el costo de la operación y mantenimiento en función al peso de los cables de telecomunicaciones que soporta la infraestructura eléctrica.
145. En cuanto a este criterio, el modelo adoptado por el Informe N° 251-2013-MTC/26 estuvo conformado por una línea de tres (3) fases (con tres (3) conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70 mm<sup>2</sup>) y de hasta tres (3) cables ADSS de fibra óptica en la misma infraestructura (cables de hasta treinta (30) hilos, con vanos entre ochenta (80) y ciento veinte (120) metros).
146. Así, a efectos de la determinación del valor “f” considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, se utilizó el ratio entre el peso aproximado de un cable de fibra

---

81

**Informe N° 251-2013-MTC/26**

“(…)”.

*Debido a que existen diferentes tipos de postes, que varían en altura, materiales, etc.; asimismo, considerando que se propone extender el valor del parámetro para ser aplicado también a torres de alta tensión, utilizamos un margen de seguridad adicional; por lo que el factor “f” resultante es de 20%”. (Pág. 22).*



óptica ADSS<sup>82</sup> y el peso de cada conductor eléctrico<sup>83</sup>, obteniendo como resultado 15%. Sin embargo, el valor obtenido del ratio citado equivale a 12.75% y no a 15%<sup>84</sup>.

147. De otro lado, luego del cálculo del valor de la variable “f” sobre la base del segundo criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica, el MTC incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “f” obtenido de 15% a 20%<sup>85</sup>. No obstante, a criterio de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, el desarrollo de este criterio tampoco permite generar certeza sobre una relación tal entre el factor “f” y el valor del denominador “Na” que permita concluir que éste último indefectiblemente debía ser igual a tres (3).
148. En efecto, el citado Informe no hizo referencia al denominador “Na” al momento de construcción de la variable “f” y, además, presentó inconsistencias para sustentar que el número de fibras era equivalente a tres (3) sobre la base del razonamiento del criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica.
149. Es así que, contrariamente a lo alegado por AZTECA, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluye que del análisis del Informe N° 251-2013-MTC/26, a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, incluso de haber tenido conocimiento de este documento, las partes no podrían haber inferido una vinculación indubitable entre la construcción del valor de la variable “f” con el valor que debía atribuirse al denominador “Na”, para considerar que inequívocamente el valor de éste último debía ser equivalente a tres (3).
150. En virtud de lo anteriormente expuesto, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc advierte lo siguiente: (i) Al momento de la suscripción del Contrato de Compartición sólo era exigible que AZTECA y CONENHUA tuvieran como referencia normativa lo establecido por la Ley de Banda Ancha y su reglamento, en tanto el Informe N° 251-2013-MTC/26 no tuvo carácter público; (ii) Inclusive en el supuesto que hubiese tenido dicha

---

<sup>82</sup> De acuerdo con el Informe N° 251-2013-MTC/26, el peso aproximado de un cable de fibra óptica ADSS es equivalente a 95 Kg/Km.

<sup>83</sup> De acuerdo con el Informe N° 251-2013-MTC/26, el peso aproximado de un conductor eléctrico de 70 mm<sup>2</sup> es equivalente a 745 Kg/Km.

<sup>84</sup> Es preciso señalar que la imprecisión advertida fue rectificada –tácitamente– por el MTC en el Informe N° 292-2017-MTC/26, al explicar, aunque de forma posterior, el criterio considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, efectuado en la versión primigenia de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Se tiene:

**Informe N° 292-2017-MTC/26**

“(…)”.

*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, con lo que utilizando la Ecuación 1 el valor de la variable “f” resultó en 12.75%. No obstante el valor resultante del cálculo, se optó por considerar un valor de 20% para el factor “f”.* (Pág. 8).

<sup>85</sup> Cabe precisar que en el Informe N° 292-2017-MTC/26, el MTC reconoció que se incrementó el valor de la variable “f” sin el debido sustento. Al respecto:

**Informe N° 292-2017-MTC/26**

“(…)”.

**2.4.3. Comentarios sobre la determinación de variables en la metodología del año 2013**

*Como se evidenció en las subsecciones anteriores, la determinación de las variables “f” y “m” consideró una fuente de información reducida. (...) Además, en ninguno de los criterios utilizados, por espacio y por peso, se tuvo el debido sustento para incrementar los valores resultantes hacia un valor de 20%.* (...)” (Subrayado agregado). (Pág. 9).

naturaleza, no se evidencia una referencia taxativa sobre la determinación del valor del denominador “Na”, ni se desprende que el razonamiento de sustento de la variable “f” (tanto en el criterio que considera el espacio utilizado como el criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica) establezca un parámetro que hubiera permitido a las partes inferir la existencia de una relación con el valor del denominador “Na”; y, (iii) El diseño de la variable “f” no demuestra de manera indubitable que se haya calculado sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica.

151. En consecuencia, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluye que no es factible colegir que en virtud del Informe N° 251-2013-MTC/26, el valor del denominador “Na” debió ser necesariamente equivalente a tres (3) desde el inicio de la relación de compartición.

#### **7.2.2. Sobre la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y el Informe N° 292-2017-MTC/26**

152. Como parte de sus argumentos, AZTECA sostuvo que con la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 se modificaron los valores de las variables “f” y “m”, lo cual tuvo sustento en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que desarrolló el razonamiento económico de la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de La Ley de Banda Ancha, evidenciándose que el valor del denominador “Na” siempre fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios efectivos. Así, AZTECA adujo que se percató que había realizado pagos a CONENHUA por encima del precio máximo, y solicita la devolución de dicho pago en exceso desde la suscripción del Contrato de Competición hasta la emisión del Mandato de Compartición.
153. Sobre el particular, considerando la pretensión de AZTECA, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera que, es necesario verificar si la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sustentada en su respectivo informe: (a) tiene la naturaleza de una *norma interpretativa* del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, por la cual se determine que el valor del denominador “Na” es equivalente a tres (3) desde el inicio de la relación de compartición entre AZTECA y CONENHUA; o (b) tiene naturaleza de una norma modificatoria, por la cual a partir de su vigencia modificó el denominador “Na” con el valor de tres (3).

##### **a) La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 como norma interpretativa**

154. A efectos de evaluar este aspecto, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estima conveniente efectuar lo siguiente:
  - (i) Identificar los alcances de una norma interpretativa,
  - (ii) Identificar los requisitos para considerar que una norma es interpretativa,
  - (iii) Determinar si la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 cumple con los requisitos para ser calificado como norma interpretativa respecto del valor del denominador “Na” y, de ser el caso, considerar que la interpretación efectuada por dichos documentos tenga efectos desde el inicio de la relación de compartición.

## (i) Sobre los alcances de una norma interpretativa

155. En lo referente a la aplicación de las normas en el tiempo es preciso recordar que el artículo 103° de la Constitución de 1993 refiere el principio de irretroactividad de las leyes:

*“Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.*

*La Constitución no ampara el abuso del derecho”<sup>86</sup>. (Subrayado agregado).*

156. Con relación al citado artículo 103° de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“(…).*

*6. De la disposición glosada se desprende que la regla general es la de que las normas rigen a partir del momento de su entrada en vigencia y carecen de efectos retroactivos, a excepción de situaciones en las cuales se favorezca al reo en materia penal.*

*7. En relación con este punto, el constituyente adoptó la teoría de los hechos cumplidos, por lo que la ley, desde su entrada en vigencia, es aplicable a todas las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

*“(…).*

*Por tanto, para la aplicación de una norma en el tiempo, debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”<sup>87</sup>. (Énfasis agregado).*

157. Sobre el particular, una de las excepciones al principio de la irretroactividad de las normas son las normas interpretativas. En efecto, el propio Tribunal Constitucional también se pronunció sobre la vigencia de las normas interpretativas, tal como se enuncia a continuación:

*“(…); sin embargo, es necesario precisar que, por definición, una ley interpretativa es aquella que busca aclarar el sentido de una norma anterior, no desde que la disposición interpretativa es aprobada, (...), sino desde que el precepto interpretado entró en vigencia. La norma interpretativa nada crea, tiene como única finalidad aclarar una norma, a la que en modo alguno modifica, y no pretende innovar sino evitar el error de aplicación”<sup>88</sup>. (Subrayado agregado).*

<sup>86</sup> De manera complementaria, en el ámbito de los negocios jurídicos privados, el artículo III del Título Preliminar del Código Civil dispone lo siguiente:

*“Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”.*

<sup>87</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 8 de noviembre de 2018, recaída en el Expediente N° 0008-2017-PI/TC. Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00008-2017-AI.pdf>

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 03 de enero de 1997, recaída en el Expediente N° 002-96-I/TC. Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00002-1996-AI.html>

158. Asimismo, el referido órgano supremo intérprete de la Constitución se pronunció de la siguiente forma sobre el contenido de una norma interpretativa:

*“(…). 20. Las normas interpretativas son aquellas que declaran o fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad y se reconocen porque, al promulgarlas el Legislador, generalmente, utiliza palabras como “interpretétese”, “aclárese” o “precísese”. El objetivo de una norma interpretativa es eliminar la ambigüedad que produce una determinada norma en el ordenamiento jurídico. Así, ambas normas –la interpretada y la interpretativa– están referidas a la misma regulación; por consiguiente, la norma interpretativa debe regir desde la entrada en vigencia de la norma interpretada”<sup>89</sup>.*

159. Al respecto, el artículo 102<sup>90</sup> de la Constitución de 1993 reconoce la plena admisibilidad de la promulgación de normas interpretativas como atribución del Congreso de la República<sup>91</sup>. Sin embargo, ello no implica que sea el único órgano legislativo que tenga la facultad de emitir normas interpretativas pues, habrá también interpretación auténtica cuando el Poder Ejecutivo mediante un decreto supremo interpreta un previo decreto supremo y así, sucesivamente, en la correspondiente jerarquía normativa<sup>92</sup>.
160. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc advierte que resulta jurídicamente válida la emisión de normas interpretativas tanto a nivel legal como reglamentario, por parte del Congreso de la República o del Poder Ejecutivo (y demás órganos administrativos del Estado), respectivamente; únicamente en el caso que el objeto de la norma interpretativa se limite a la aclaración o precisión –pero nunca a la modificación– de una norma precedente, en cuyo caso sus efectos rigen desde la vigencia de la norma interpretada.

## **(ii) Requisitos para considerar la presencia de una norma interpretativa**

161. En principio, uno de los problemas recurrentes para identificar la presencia de una norma interpretativa es discriminar si por medio de ella no se estaría introduciendo disposiciones modificatorias a la norma precedente. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“22. (...) a veces el Legislador pretende atribuir un efecto interpretativo a normas que, en el fondo, no lo son. Estas aparentes normas interpretativas deberían entrar en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, y no desde la entrada en vigencia de la supuesta norma*

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de mayo de 2007, recaída en el Expediente N° 0002-2006-PI/TC. Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00002-2006-Al.pdf>

<sup>90</sup> **Constitución de 1993**

**“Artículo 102.-** Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.  
(...).” (Subrayado agregado).

<sup>91</sup> Del mismo modo, se advierte dicha factibilidad en el Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República:

**“Artículo 4.-** La función legislativa comprende el debate y la aprobación de reformas de la Constitución, de leyes y resoluciones legislativas, así como su interpretación, modificación y derogación, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución Política y el presente Reglamento.  
(...).” (Subrayado agregado).

<sup>92</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. 10ª Edición. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014. Pág. 256.

*interpretada, ya que en estos casos no existe una unidad normativa esencial entre ambas normas*<sup>93</sup>.

162. En ese sentido, los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional para considerar que una norma tiene esa naturaleza son los siguientes:

*“26. Para que una norma interpretativa pueda ser considerada como tal, debe:*

- a. Referirse a una norma legal anterior;*
- b. Fijar el sentido de la misma pronunciándose por uno de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada; y*
- c. No debe incorporarle un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material”*<sup>94</sup>.

**(iii) Sobre si la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 corresponde ser considerada como norma interpretativa del Reglamento de la Ley de Banda Ancha**

163. Resulta necesario indicar que, de acuerdo con el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, a través de una resolución del Viceministro de Comunicaciones del MTC pueden modificarse los valores de las variables “f”, “m”, “l” y “h” de la metodología<sup>95</sup>. Así, en agosto del 2017, se publicó la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, cuyo título señala que **modifica** los valores de las variables “m” y “f” de la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
164. Asimismo, de la revisión del contenido de esta norma, se verifica que con relación a la variable “f”, se mantuvo el valor de 20% para el caso de la línea eléctrica de baja tensión y se modificó su valor de 20% a 18.3%, para el caso de la línea eléctrica de media y/o alta tensión. Y, con relación a la variable “m”, se mantuvo el valor de 77% para la línea eléctrica de baja tensión y se modificó su valor de 77% a 84.3%, para el supuesto de la línea eléctrica de media y/o alta tensión.
165. Al respecto, es posible advertir que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, tiene únicamente un carácter normativo *modificadorio*, en tanto su objeto (fórmula

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de mayo de 2007, recaída en el Expediente N° 0002-2006-PI/TC. Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00002-2006-AI.pdf>

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 2 de junio de 2016, recaída en el Expediente N° 02053-2013-PA/TC. Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02053-2013-AA.pdf>

Cabe precisar que los citados requisitos también fueron expuestos en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de mayo de 2007, recaída en el Expediente N° 0002-2006-PI/TC. Al respecto, el intérprete supremo de la Constitución indicó que adoptó dichos requisitos siguiendo los criterios establecidos por la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-245/02. (Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00002-2006-AI.pdf>). Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de octubre de 2007, recaída en el Expediente N° 00018-2007-PI/TC (Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00018-2007-AI.pdf>

<sup>95</sup> **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**  
**“Anexo 1 Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos**  
(...).  
*Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones”.*

resolutiva) fue sólo modificar los valores de las variables “m” y “f” de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha<sup>96</sup>, lo cual rige a partir del día siguiente de su publicación.

166. En razón a ello, no resultaría posible considerar que si la modificación del valor de “f” rige desde la vigencia de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, pueda colegirse que en virtud del razonamiento económico que sustentó dicha modificación, el valor del denominador “Na” debió ser tres (3) desde la vigencia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
167. Sin perjuicio de lo anterior, sobre el Informe N° 292-2017-MTC/26, mencionado en la parte considerativa de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03<sup>97</sup>, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc advierte que:
- (i) El Informe N° 292-2017-MTC/26 fue un documento elaborado por la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del MTC, como consecuencia del análisis y evaluación de los comentarios formulados al proyecto de la resolución viceministerial<sup>98</sup> que modificaría los valores de las variables “f” y “m”, publicado por la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> **Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03**  
“(…)”.  
**SE RESUELVE:**  
**Artículo Único.-** *Modificar el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, el mismo que queda redactado en los siguientes términos: (…)*”.

<sup>97</sup> **Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03**  
“(…)”.  
**CONSIDERANDO:**  
“(…)”.  
*Que, se ha observado que aplicando la metodología vigente a las líneas de transmisión eléctrica de alta y media tensión, los valores resultantes de la contraprestación mensual se encuentran en todos los casos evaluados, por encima de los precios promedio del mercado, por lo que la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones mediante Informe N° 292-2017-MTC/26 del 04 de agosto de 2017, recomienda aprobar la modificación de los valores de las variables “m” y “f” para el caso de la infraestructura eléctrica de media y alta tensión, a fin de que la contraprestación mensual se aproxime al promedio de los precios de mercado, dicha modificación normativa cuenta con la conformidad del Fondo de Inversiones en Telecomunicaciones – FITEL y la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones; (…)*”.

<sup>98</sup> **Informe N° 292-2017-MTC/26**  
“(…)”.  
**I. ANTECEDENTES**  
“(…)”.  
1.21. *El 20 de julio de 2017, mediante Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, se realizó la segunda publicación para comentarios, del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables “m” y “f” de la metodología (…)*.  
1.22. *Vencido el plazo de cinco (05) días calendario otorgado para la remisión de comentarios, se recibieron diversas opiniones de las empresas de energía eléctrica y organismos, las cuales son transcritas y respondidas en la matriz de comentarios que forma parte del presente informe.*  
1.23. *Luego del análisis y evaluación de los comentarios formulados, se ha elaborado el presente informe, que sustenta la versión final de la Resolución Viceministerial que aprobará las modificaciones planteadas a la variables “m” y “f” de la metodología antes referida”. (Pág. 4).*

<sup>99</sup> Al respecto, confróntese con la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03, publicado en la Edición de las Normas Legales del diario oficial El Peruano, el día jueves 20 de julio de 2017. Dirección URL: [https://busquedas.elperuano.pe/download/full/4JZPELWDK0tAiUYH\\_xC4fL](https://busquedas.elperuano.pe/download/full/4JZPELWDK0tAiUYH_xC4fL)

- (ii) El Informe N° 292-2017-MTC/26 concluyó que resultaba viable la nueva propuesta de modificación de las variables “m” y “f” de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, para lo cual se recomendó poner el Informe y el proyecto normativo a consideración de la Oficina de Asesoría Jurídica del MTC, a efectos de la prosecución del trámite respectivo.
168. De lo anteriormente expuesto, se puede deducir que el Informe N° 292-2017-MTC/26 no tiene –en estricto– la naturaleza de una exposición de motivos de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, en los términos del artículo 2° del Reglamento para la Producción y Sistematización Legislativa, siendo un trabajo preparatorio, que resume la respuesta del MTC a los comentarios del proyecto de la resolución viceministerial, publicado por la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03.
169. Es preciso indicar que la Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03 tuvo como antecedente a la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03<sup>100</sup>, la cual también publicó un proyecto de resolución viceministerial con el objeto de modificar las variables “f” y “m” de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha<sup>101</sup>, acompañada de su “Exposición de Motivos”<sup>102</sup>, en el cual, sin embargo, es oportuno indicar que no se mencionó al denominador “Na”.
170. Sin perjuicio de lo anterior, sobre el Informe N° 292-2017-MTC/26 corresponde señalar que respecto del denominador “Na” únicamente consistió en su descripción como componente del factor “B” (Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios), tal como apareció en la versión primigenia de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, que se muestra a continuación:

---

<sup>100</sup> **Resolución Viceministerial N° 698-2017-MTC/03**

“(…).

CONSIDERANDO:

“(…).

*Que, por Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03 de fecha 09 de febrero de 2017, se dispuso la publicación para comentarios en el Diario Oficial El Peruano y en la página web del Ministerio, del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables “m” y “f” de la Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”; aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC; (...).*

<sup>101</sup> Al respecto, confróntese con la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03, publicado en la Edición de las Normas Legales del diario oficial El Peruano, el día sábado 18 de febrero de 2017. Dirección URL: <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/4lvcA1TlKakBBFpQigtQe7>

<sup>102</sup> Sobre el particular, la Exposición de Motivos publicada por la Resolución Viceministerial N° 133-2017-MTC/03, se encuentra en la página web del MTC. Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: [http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion\\_internacional/regulacion/proy%20normativos/RVM%20133%202017%20MTC%2003.pdf](http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/proy%20normativos/RVM%20133%202017%20MTC%2003.pdf)



ii.) Con relación a la contraprestación mensual, la norma establece que la contraprestación mensual que deberán pagar los concesionarios de telecomunicaciones por el acceso y uso de la infraestructura compartida (RM), se fijará en aplicación de la siguiente fórmula:

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

Donde:

**Imp:** Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).  
**OMc:** Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.  
**B:** Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.  
 $B = 1 / Na$   
 Donde Na: número de arrendatarios.  
 **$i_m$ :** Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable

Asimismo precisa que, para el caso de la infraestructura eléctrica, se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

**f:** 20%  
**OMs:** Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Tabla 1: Cálculo de OMs

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = \frac{l}{12} \times BT$	Baja Tensión
$OMs = \frac{h}{12} \times BT$	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 según los costos regulados del sector energía, considerando fletes, aduanas y aranceles, según sea el caso.  
**m:** 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros  
**l:** 7.2%. Para baja tensión  
**h:** 13.4%. Para media o alta tensión

Fuente: Informe N° 292-2017-MTC/26. (Pág. 5).

171. En efecto, no se advierte del Informe N° 292-2017-MTC/26, un sustento y/o esclarecimiento acerca de la concepción que las partes de una relación de compartición de infraestructura deben tener sobre el valor del denominador "Na" o, en su defecto, los parámetros que deben seguir para su determinación, ya que únicamente se encontró dirigido a sustentar exclusivamente las modificaciones de las variables "f" y "m", decretadas por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.
172. Al respecto, si bien AZTECA sostuvo como fundamento de su reclamación, que en el Informe N° 292-2017-MTC/26 se desarrolló el razonamiento económico de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, evidenciando que el valor del denominador "Na" siempre fue igual a tres (3), pues para determinar el costo incremental (representado por la variable "f") se parte de la premisa de que la capacidad máxima que soporta la infraestructura es de tres (3) cables de fibra óptica, se advierte que el MTC sustentó la actualización del valor de la variable "f"<sup>103</sup> sobre la base de dos criterios: (i) criterio que considera el espacio utilizado, y (ii) criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica.

<sup>103</sup> Confróntese con las páginas diez (10) a trece (13) del Informe N° 292-2017-MTC/26.



173. Con relación al **criterio que considera el espacio utilizado por los cables de fibra óptica en los postes eléctricos**; el Informe N° 292-2017-MTC/26 señala que la propuesta final de cálculo del valor de la variable “f” tomará en cuenta el “número de arrendatarios” como equivalente a tres (3), de forma similar al Informe N° 251-2013-MTC/26 que sustentó la versión primigenia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha<sup>104</sup>.
174. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera necesario recordar una vez más, que el Informe N° 251-2013-MTC/26 no fue público al momento del inicio de la relación de compartición e incluso de haberlo sido, no se evidenció en dicho documento una referencia expresa sobre la determinación del valor del denominador “Na” o, en todo caso, un parámetro que hubiera permitido a las partes inferir inequívocamente la existencia de una relación tal entre la variable “f” y el valor del denominador “Na” que implique que este último sea siempre equivalente a tres (3).
175. Asimismo, con relación al **criterio que considera el ratio entre el peso de los cables de fibra óptica respecto del peso de los conductores eléctricos**, en el Informe N° 292-2017-MTC/26, el MTC señaló que por consistencia **se modifica el número de fibras (de uno (1) a tres (3))**, incorporándose además una mayor fuente de información de las redes de distribución reguladas por el OSINERGMIN<sup>105</sup>.
176. Así, con el objeto de calcular el criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica, el MTC realizó una actualización de los siguientes valores: a) valor del peso promedio del cable de fibra óptica, siendo ahora equivalente a **139.23kg/km.**, y b) valor del peso promedio de la línea de transmisión, cuyo valor resultó en **2 279.98 kg/km**<sup>106</sup>.
177. Luego de la actualización de los valores del peso promedio de la fibra óptica y del peso promedio de la línea de transmisión, el MTC indicó que para el cálculo del valor aproximativo de la variable “f” –sobre la base del criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica–, partiría de la premisa que una infraestructura puede soportar tres (3) cables de fibra óptica, tal como ocurre en el criterio que considera el espacio utilizado. Así, el MTC halló el valor de la variable “f” en función del siguiente ratio:

---

<sup>104</sup> Informe N° 292-2017-MTC/26  
**“2.5.1 Actualización de la variable “f”**  
(...).

*En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, concluyendo que las consideraciones del número de fibras (o arrendatarios) en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio (...).*

<sup>105</sup> Confróntese con la página diez (10) del Informe N° 292-2017-MTC/26.

<sup>106</sup> Confróntese con las páginas diez (10) a doce (12) del Informe N° 292-2017-MTC/26.

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

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

Fuente: Informe N° 292-2017-MTC/26 (Pág. 12).

178. El MTC concluye que dado que los valores aproximativos para la variable “f” son equivalentes a 18.3% (según el criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica) y a 17% (según el criterio que considera el espacio utilizado), propone la utilización del valor **18.3%, válido para las líneas de transmisión de media y alta tensión**, respectivamente.
179. Así, si bien el MTC refirió con ocasión de la construcción del valor de la variable “f” sobre la base del criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica, que se parte de la premisa que una infraestructura puede soportar *in abstracto* un número de fibras equivalente a tres (3), a criterio de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, ello no determina que las partes pudieran haber asumido *in concreto* que el valor del denominador “Na” fue igual a tres (3) desde el inicio de la relación de compartición pues, por el contrario, como se observó con anterioridad, en este criterio el MTC señaló que –por consistencia– se encontraba modificando el número de fibras de uno (1) a tres (3).
180. En ese sentido, contrariamente a lo alegado por AZTECA, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc considera que no resulta factible considerar que las partes pudieran asumir con ocasión de la expedición del Informe N° 292-2017-MTC/26, que el valor del denominador “Na” debió haber sido siempre equivalente a tres (3).
181. En consecuencia, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluye que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no constituye una *norma interpretativa* de la versión original del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, en cuanto al valor del denominador “Na” y que, por ende, pudiera tener efectos retroactivos desde la fecha de suscripción del contrato de compartición.

#### **b) La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/26 como norma modificatoria**

182. Habiéndose verificado que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no tuvo carácter *interpretativo* sino carácter *modificatorio* sobre los valores de las variables “f” y “m” de la fórmula contenida en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, corresponde evaluar si adicionalmente a dichas variables, también constituye una *norma modificatoria* en cuanto al valor del denominador “Na”.
183. Al respecto, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el Viceministerio de Comunicaciones contaba –y cuenta– por remisión normativa<sup>107</sup> con la facultad para modificar los valores de las variables “m”, “l”, “h” y “f”,

<sup>107</sup> Según Kamel Cazor Aliste, citando a García de Enterría, en la remisión normativa el “reenvío es formal o no recepticio, esto es, la norma reenviante no se apropia del contenido de la reenviada, no lo hace suyo ni le presta su propia virtud

a efectos de la determinación de la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica<sup>108</sup>; lo cual, precisamente, se ha visto materializado con la expedición de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (sustentado en el Informe N° 292-2017-MTC/26).

184. En ese sentido, cualquier modificación, regulación, derogación, precisión, esclarecimiento, modificación, determinación y la interpretación de los demás componentes de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha—por ejemplo, el denominador “Na”— sólo será factible de ser realizado por una norma de igual o superior jerarquía<sup>109</sup>; por lo que, inclusive la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no podría haber interpretado o modificado el valor del denominador “Na”.
185. Inclusive, es preciso indicar que de acuerdo con la Octava Disposición Complementaria Final<sup>110</sup> de la Ley de Banda Ancha, el Reglamento debe ser propuesto por el MTC, el Ministerio de Energía y Minas, el OSIPTEL y el OSINERGMIN<sup>111</sup>, por lo que cualquier

---

*dispositiva. Dicho de otra forma, en el reenvío formal la norma reenviante se limita a disponer que el determinado supuesto de hecho sea regulado por la norma remitida, de cuyo contenido concreto se desatiende; al no producir ningún fenómeno de integración de la norma reenviada en la reenviante, ambas normas conservan su propia autonomía y su respectivo valor. (...)*. (CAZOR ALISTE, Kamel. *Los alcances de la legislación delegada en Chile y su control jurisdiccional*. Revista de Derecho Público. Núm. 81. 2014. Págs. 29 – 30. Consulta realizada el 29 de abril de 2019. Dirección URL: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/download/36231/37905/>).

<sup>108</sup> **Reglamento de la Ley de Banda Ancha**

“(…)”.

**ANEXO 1**

**METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA E HIDROCARBUROS**

“(…)”.

*Nota: Los valores establecidos para las variables m, l, h y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones”.*

<sup>109</sup> Al respecto, Emilio Betti señaló que es admisible que un reglamento pueda ser objeto de interpretación auténtica por vía legal, dado que toda ley en sentido material se encuentra bajo la esfera de competencia normativa del poder legislativo. (BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Argentina: Ara Editores. 2018. Pág. 241).

<sup>110</sup> **Ley de Banda Ancha**  
**“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

“(…)”.

**OCTAVA.** *En el plazo de seis meses contado desde la entrada en vigencia de la presente Ley se aprobará su reglamento, que deberá ser propuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Energía y Minas, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN”.*

<sup>111</sup> Al respecto, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estima oportuno recordar que el Reglamento de la Ley de Banda Ancha fue refrendado por el señor Carlos Paredes Rodríguez como titular del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y como encargado del despacho del Ministerio de Energía y Minas.

Asimismo, en la página dos (2) del Informe N° 251-2013-MTC/26 se señaló lo siguiente:

“(…)”.

**I. ANTECEDENTES**

“(…)”.

1.3. *Por correos electrónicos de fecha 19 de julio de 2013, se remitió al Ministerio de Energía y Minas (MINEM), al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), y al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), la matriz conteniendo los comentarios recibidos al Proyecto de Reglamento, a efectos que éstos sean evaluados en el marco del encargo de proponer el reglamento de la Ley N° 29904, dispuesta por su Octava Disposición Complementaria Final.*

1.4. *Entre los meses de agosto a octubre de 2013, funcionarios de las entidades antes mencionadas han sostenido coordinaciones vía telefónica y correo electrónico, que han permitido elaborar la propuesta normativa final que se aborda en el presente (sic) informe*  
“(…)”.

actividad legislativa que verse sobre el valor del denominador “Na” debe contar con la participación de dichas entidades, lo cual no ha sucedido en el caso de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.

186. En ese sentido, dado que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no contiene referencia alguna a la modificación del denominador “Na”, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluye, además, que la citada resolución tampoco constituye –ni podía constituir– una norma modificatoria en cuanto al valor del citado denominador.
187. Así, se concluye que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no pudo –ni podría– calificarse como una *norma interpretativa* o *modificatoria* del denominador “Na” de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. En consecuencia, a criterio de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, carece de objeto pronunciarse sobre el contenido de los Informes presentados por AZTECA denominados “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” y “Análisis económico sobre Remuneraciones por Acceso y Uso de Postes/Torres de Alta/Media Tensión: Respuesta al Informe de MACROCONSULT”, elaborados por BC Económica; así como respecto del “Informe Económico sobre el concepto de contraprestación por acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica, por parte de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones”, elaborado por Macroconsult.
188. En ese sentido, dado que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 es una norma de carácter *modificatorio* –exclusivamente sobre los valores de las variables “f” y “m”– y no de naturaleza *interpretativa* ni *modificatoria* del valor del denominador “Na”, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estima que no es factible asignarle un valor equivalente a tres (3), desde el inicio de la relación de compartición ni desde la entrada en vigencia de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.

### 7.2.3. Sobre el Oficio N° 520-2017-MTC/03

189. De otro lado, AZTECA argumentó que por medio del Oficio N° 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017, dirigido a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, el Viceministerio de Comunicaciones del MTC reconoció que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios efectivos.
190. De la revisión del mencionado Oficio, se advierte que, efectivamente, constituye una comunicación del entonces Viceministro del MTC a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, remitida después de la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, mediante la cual señalan que al haber tomado conocimiento de las dudas de las empresas titulares de infraestructura de cómo aplicar el valor del denominador “Na”, estiman conveniente indicar que el valor del referido denominador es igual a tres (3)<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> En el referido Oficio se señala textualmente: “Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arriendan su infraestructura tendrían dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro “Na” (número de arrendatarios) del factor B existente en la citada metodología se considera importante señalar que el valor del parámetro Na es igual a 3, independientemente del número de arrendatarios efectivos”.

191. Al respecto, en opinión de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc no corresponde atribuir a la referida comunicación un carácter interpretativo (desde la vigencia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha) o modificatorio (desde la vigencia de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, debido a que como fue desarrollado previamente, el valor del denominador “Na” fue regulado en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, por lo que únicamente puede tener naturaleza interpretativa o modificatoria aquel instrumento jurídico emitido en ejercicio de la función normativa.

#### 7.2.4. Sobre el Mandato de Compartición

192. De otro lado, como fundamento de su reclamación, AZTECA señaló que el Consejo Directivo del OSIPTEL determinó que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), fundamentando su decisión en la normativa vigente y los informes que la sustentan, particularmente en el Informe N° 292-2017-MTC/26, así como a un criterio de eficiencia, a fin de que cada arrendatario pague exclusivamente por el costo incremental.
193. Sobre el particular, resulta necesario previamente recordar que de conformidad con el artículo 3°<sup>113</sup> de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, y en concordancia con el artículo 23° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL), el **OSIPTEL cuenta con la función normativa la cual comprende la facultad de dictar mandatos**, de manera exclusiva y dentro del ámbito de sus respectivas competencias.
194. Además, según el artículo 2°<sup>114</sup> del Reglamento de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificada por la Ley N° 28337, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM (en adelante, Reglamento de la Ley Marco de Organismos Reguladores), en concordancia con el artículo 24°<sup>115</sup> del Reglamento General del OSIPTEL, **el Consejo Directivo ejerce de manera exclusiva la citada función normativa**.

---

<sup>113</sup> **Ley Marco de los Organismos Reguladores**

**“Artículo 3.- Funciones**

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...).

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).

<sup>114</sup> **Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores**

**“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”.

<sup>115</sup> **Reglamento General del OSIPTEL**

**“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”.

195. De acuerdo con lo anterior, resulta necesario resaltar que los mandatos de compartición al ser normas jurídicas de carácter particular no pueden tener efectos retroactivos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución Política del Perú<sup>116</sup>, en tanto las normas jurídicas no tienen fuerza ni efectos retroactivos. Así, lo consignado en el Mandato de Compartición entre CONENHUA y AZTECA tiene efectos solo a partir de su entrada en vigencia, por lo que las modificaciones de carácter económico, técnico e incluso legal, rigen a partir del día siguiente de su notificación. Esto ya ha sido señalado en diversos mandatos de compartición<sup>117</sup>, así como en diversos pronunciamientos de los Cuerpos Colegiados Ad Hoc y del Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL durante la tramitación de otros expedientes<sup>118</sup>.
196. Por su parte, otro aspecto importante de indicar es que, el Mandato de Compartición fue emitido sobre la base de la normativa vigente al momento de su elaboración, considerando que la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de La Ley de Banda Ancha había sido modificada por la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03, en los valores de las variables “f” y “m”.
197. En ese contexto, si bien el Consejo Directivo del OSIPTEL concluyó en el Mandato de Compartición que el costo incremental total estimado por el MTC (representado por la variable “f”), fue dimensionado sobre la base de tres (3) cables de comunicación, no se desprende que el máximo órgano del OSIPTEL haya considerado que el valor del denominador “Na” se encuentre expresamente establecido en la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 o por el Informe N° 292-2017-MTC/26 y, menos aún, que esto pueda haber sido entendido desde el inicio de la relación de compartición entre CONENHUA y AZTECA.
198. En efecto, tal como se recoge en el Mandato de Compartición entre AZTECA y CONENHUA, la modificatoria de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición (referida a la Retribución) establece que la contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura de titularidad de CONENHUA, se actualizará si se emite una resolución viceministerial que modifique los valores de las variables “m”, “l”, “h” y “f”, o cuando se modifique normativamente la fórmula o cuando OSINERGMIN reajuste los costos de los postes o las torres en su base de datos. A saber:

**“ANEXO 1: RETRIBUCIÓN POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA DE CONENHUA**

---

<sup>116</sup> **Constitución Política del Perú**  
**“Artículo 103.-**

*(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. (...)*”

<sup>117</sup> A modo de ejemplo, se pueden revisar los siguientes pronunciamientos emitidos por el Consejo Directivo del OSIPTEL, en la aprobación de los mandatos de compartición: Resolución N° 097-2018-CD/OSIPTEL y Resolución N° 098-2018-CD/OSIPTEL, ambas publicadas el 24 de abril de 2018 en el Diario Oficial “El Peruano”.

<sup>118</sup> A modo de ejemplo, se pueden revisar los siguientes pronunciamientos, a través de los cuales el Cuerpo Colegiado Ad Hoc y Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL señalan que los mandatos no tienen efectos retroactivos: i) Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 9 de marzo del 2018, y Resolución N° 009-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 10 de mayo de 2018 (Expediente 008-2017-CCO-ST/CI) y (ii) Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL, de fecha 19 de enero del 2018 y Resolución N° 008-2018-TSC/OSIPTEL, de fecha 2 de abril de 2018 (Expediente 007-2017-CCO-ST/CI).

Modificar la Cláusula Cuarta (Retribuciones) del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica suscrito entre AZTECA PERÚ y CONENHUA el 12 de marzo de 2015, con la siguiente redacción:

**“Cuarta.- Retribuciones**

(...).

*Ambas partes acuerdan que las retribuciones mensuales establecidas en el presente numeral para los postes o torres que comprenden la infraestructura eléctrica de CONENHUA, 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 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 que se apruebe una modificatoria a la referida fórmula, salvo disposición normativa en contrario. Las nuevas retribuciones se aplicarán desde (sic) primer día del mes siguiente de producido el ajuste”<sup>119</sup>. (Subrayado agregado).*

199. En ese sentido, a criterio de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, atendiendo a que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no dispuso –ni podía establecer– ninguna modificatoria o interpretación sobre el denominador “Na”, el Consejo Directivo del OSIPTEL efectuó el análisis de la construcción del valor de la variable “f”, con el único objeto de establecer, producto del ejercicio de su facultad normativa, un específico valor al citado denominador, a efectos de emitir el Mandato de Participación. Así, se expresa en el Informe N° 00047-GPRC/2018, que forma parte integrante de la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2018-CD/OSIPTEL, con el siguiente tenor:

*“En relación a lo señalado por CONENHUA respecto de que el factor “Na” no ha sido modificado por la resolución viceministerial referida anteriormente, se debe señalar que **la determinación del valor que corresponde considerar como “Na”, constituye parte del análisis y pronunciamiento del OSIPTEL, en función de sus facultades, al momento de emitir el presente Mandato de Participación**, y el cual está debidamente sustentado en el presente informe.*

(...).

*En razón de ello, (...), el OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el “Na” aplicable debe ser igual a tres (3). (...)”<sup>120</sup>. (Énfasis agregado).*

200. En consecuencia, a criterio de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, el análisis del Consejo Directivo del OSIPTEL en relación con el diseño del valor de la variable “f”, son propias de la motivación necesaria para la emisión del Mandato de Participación en ejercicio de su función normativa, máxime si el objeto de controversia en dicho procedimiento administrativo fue el valor que –como modificación del Contrato de Participación– se fijaría en el denominador “Na”, cuya determinación en el marco de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, no depende únicamente de la libre voluntad de las partes. No obstante, este análisis no corresponde ser aplicado desde la suscripción del Contrato de Participación, por los motivos expuestos precedentemente en la presente resolución.

<sup>119</sup> Confróntese con el Anexo 1, Retribución por el Acceso y Uso de la Infraestructura Eléctrica de CONENHUA, contenido en el Informe N° 00047-GPRC/2018, que sustenta el Mandato de Participación entre AZTECA y CONENHUA.

<sup>120</sup> Confróntese con las páginas cuarenta y tres (43) y cuarenta y cuatro (44) del Informe N° 00047-GPRC/2018, que sustenta el Mandato de Participación entre AZTECA y CONENHUA.

201. Así, sobre la base de lo expuesto en los fundamentos precedentes de la presente resolución, sobre el segundo punto controvertido este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluye que:

- (i) En el contexto de la suscripción del Contrato de Compartición, las partes tuvieron como referencia el marco normativo consistente en la Ley de Banda Ancha y su reglamento;
- (ii) El Informe N° 251-2013-MTC/26 no tuvo carácter público e, inclusive en el supuesto de haber ostentado dicha característica, no evidencia una referencia sobre la determinación del valor del denominador “Na”, pues el razonamiento de sustento de la variable “f” no establece un parámetro que hubiera permitido a las partes inferir la existencia de una relación tal con el valor del denominador “Na” que permitiera determinar de manera indubitable que su cálculo haya sido sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica, al haberse mencionado varias posibilidades en su determinación;
- (iii) La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no constituye una norma interpretativa o modificatoria sobre el valor del denominador “Na”, sino sólo modificatoria de los valores de las variables “f” y “m”;
- (iv) El Consejo Directivo del OSIPTEL al emitir el Mandato de Compartición de infraestructura entre AZTECA y CONENHUA estableció el valor del denominador “Na” como equivalente a tres (3), en ejercicio de su función normativa, el cual surte efectos en adelante.
- (v) El Oficio N° 520-2017-MTC/03 no constituye un documento jurídicamente vinculante para fijar el valor del denominador “Na”;

En consecuencia, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluir que no resulta factible atribuir el valor de tres (3) al denominador “Na” desde el inicio de la relación de compartición entre AZTECA y CONENHUA; por lo que para el cálculo de la contraprestación contenida en la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, las partes fijaron el valor del denominador “Na” sin contravenir el marco normativo, en específico, la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

### **Respecto del Mandato entre GILAT y CONENHUA**

202. El 3 de marzo de 2016, se emitió el mandato de compartición entre GILAT y CONENHUA, a través del cual se establecieron las condiciones legales, técnicas y económicas para el acceso y uso a la infraestructura de CONENHUA, a fin de permitir la instalación de fibra óptica en virtud del contrato de financiamiento suscritos con el Fondo de Inversión Telecomunicaciones (FITEL) para la ejecución del proyecto “Instalación de banda ancha para la conectividad y desarrollo social de la Región Huancavelica”.
203. De la revisión del mencionado mandato, se advierte que en el periodo de negociación iniciado por ambas empresas de manera previa, surgieron desacuerdos respecto de la determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura de CONENHUA, entre ellos, GILAT señaló que el factor B que se debía utilizar para aplicar la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda



Ancha debía ser igual a 1/2, debido a que las torres de energía eléctrica que iban a ser objeto de arrendamiento, ya estaban siendo arrendadas a AZTECA<sup>121</sup>.

204. Sobre el particular, como parte de la respuesta al requerimiento de información efectuado por este Cuerpo Colegiado Ad Hoc a través de la Resolución 009-2019-CCO/OSIPTEL, CONENHUA informó que en virtud del Mandato entre GILAT y CONENHUA, se arrendó ciento veintiséis (126) estructuras a GILAT, las cuales corresponden a parte de la infraestructura arrendada a AZTECA, con lo cual desde agosto del 2016 cuenta con un arrendatario adicional (GILAT). Además, agregó que el mandato de compartición con GILAT es un acto público del cual AZTECA tuvo conocimiento; sin embargo, durante el 2016 no solicitó la modificación del Contrato de Compartición con CONENHUA.
205. De lo anteriormente descrito, se puede advertir que al momento de la firma del Contrato de Compartición con AZTECA, las partes en la aplicación de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, consignaron el valor de uno (1) al denominador “Na”, siendo que en ese momento contaba con un (1) solo arrendatario real (AZTECA). No obstante, desde el mes de agosto del 2016, CONENHUA contaba con dos (2) arrendatarios reales en ciento veintiséis (126) estructuras, en virtud del mandato de compartición entre CONENHUA y GILAT.
206. Al respecto no se advierte que ello haya originado la modificación del Contrato de Compartición entre AZTECA y CONENHUA ni que AZTECA haya accionado para dicho efecto en la vía correspondiente.
207. Cabe precisar que, en el referido mandato de compartición entre GILAT y CONENHUA también se advierte que en relación con el denominador “Na”, el Consejo Directivo del OSIPTEL señaló que *“éste es equivalente al número máximo de arrendatarios a los que sea factible dar acceso a la infraestructura, sustentado estrictamente en las características técnicas de cada tipo de poste o torre, para efectos de cumplir con las distancias mínimas de seguridad, establecidas en el Código Nacional de Electricidad”*. (Subrayado agregado).
208. En relación con lo anterior, a través del Informe N° 00058-GPRC/2017, la GPRC indicó que en la fórmula prevista en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha no se señala textualmente que deba considerarse como valor del denominador “Na” al número máximo de arrendatarios ni tampoco al número de arrendatarios que acceden a la infraestructura en un monto determinado (Na dinámico); sin embargo, de la interpretación consensuada de la referida fórmula con el artículo 34° del Reglamento de la Ley N° 28295<sup>122</sup>, así como en obediencia a principios económicos de eficiencia, consideran que el valor del

<sup>121</sup> Página veintiuno (21) del Informe N° 067-GPRC/2016.

<sup>122</sup> **Reglamento de La Ley de Banda Ancha**  
**“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:*  
*(...)*  
*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”.*

denominador “Na” debe ser equivalente al número máximo de arrendatarios, en tanto que lo contrario constituiría una contradicción a un principio económico establecido en la Ley N° 28295 y conllevaría a problemas operativos (como la actualización de las contraprestación ante el ingreso de un nuevo arrendatario), entre otros.

209. De lo entonces expuesto por las partes y de la posición que fue adoptada por el organismo regulador, queda demostrado que el valor del denominador “Na” no se encontraba previsto en la fórmula prevista en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, siendo que el valor del denominador “Na” como el número máximo de arrendatarios en el mandato de compartición entre CONENHUA y GILAT, respondió a la función normativa que ostenta el OSIPTEL, en su calidad de organismo regulador, de acuerdo con la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores y su reglamento, para dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividad bajo su competencia<sup>123</sup>.

**7.3. De verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, determinar el monto que corresponde a CONENHUA devolver a AZTECA.**

210. En atención a lo desarrollado en el segundo punto controvertido, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc concluyó que no resulta factible atribuir el valor de tres (3) al denominador “Na” desde el inicio de la relación de compartición entre AZTECA y CONENHUA y, por ende, al momento de la suscripción del Contrato de Compartición, para el cálculo la contraprestación contenida en su cláusula cuarta, las partes fijaron el valor del denominador “Na” conforme con la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
211. En ese sentido, dado que no se ha verificado que las partes no hayan fijado el valor del denominador “Na” conforme con la citada metodología, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc señalar que carece de objeto pronunciarse sobre la pretensión accesorio de la reclamación, consistente en la solicitud de devolución o, en su defecto, la compensación con obligaciones de pago a futuro.

<sup>123</sup>

**Ley Marco de Organismos Reguladores**

**“Artículo 3.- Funciones**

*3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:*

*(...)*

*c. Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas 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;(...).”*

**Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores**

**“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”.*

**RESUELVE:**

**Artículo Primero.-** Declarar INFUNDADA la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra el Consorcio Energético de Huancavelica S.A., en materia de acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de banda ancha, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo Segundo.-** Poner en conocimiento de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., en su calidad de reclamante, y de Consorcio Energético de Huancavelica S.A., en su calidad de reclamada, la presente resolución.

**REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-**

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc Tania Zúñiga Fernández, Laura Montalvo Mundaca y Renzo Rojas Jiménez.

---

Renzo Rojas Jiménez  
Miembro

---

Laura Montalvo Mundaca  
Miembro

---

Tania Zúñiga Fernández  
Presidenta