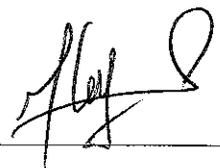
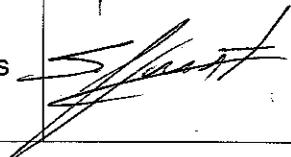


A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTOS POR LOS CONCESIONARIOS RED DE ENERGÍA DEL PERÚ S.A. Y AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C., CONTRA EL MANDATO DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 077-2015-CD/OSIPTEL.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE Nº 00001-2015-CD-GPRC/MC
FECHA	:	26 DE AGOSTO DE 2015

	Cargo	Nombre	Firma
ELABORADO POR:	Especialista en Políticas Regulatorias	Vladimir Solis	
	Apoyo Profesional	Hayine Gusukuma	
REVISADO POR:	Coordinador de Gestión y Normatividad	Jose Luis Romero	
APROBADO POR:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Sergio Cifuentes	

1. OBJETO.

El objeto del presente informe es analizar los recursos de reconsideración interpuestos por las empresas Red de Energía del Perú S.A. (en adelante, REP), y Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA), contra el Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 077-2015-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Compartición), que establece las condiciones legales, técnicas y económicas de acceso y uso a la infraestructura eléctrica de REP por parte de AZTECA, a fin que ésta pueda tender fibra óptica del tipo "All Dielectric Self Supported" (ADSS)^[1], en cumplimiento de su contrato de concesión con el Estado Peruano para la ejecución del Proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Contrato de Concesión RDNFO).

2. ANTECEDENTES.

Mediante escrito recibido el 23 de marzo de 2015, AZTECA solicitó al OSIPTEL la emisión de un Mandato de Compartición de Infraestructura con REP, a efectos que el OSIPTEL establezca las condiciones legales, técnicas y económicas de acceso y uso a la infraestructura eléctrica de REP, a fin de que AZTECA pueda tender fibra óptica del tipo ADSS, en cumplimiento del Contrato de Concesión RDNFO.

A través de la comunicación C.294-GG.GPRC/2015, recibida el 30 de marzo de 2015, el OSIPTEL corrió traslado a REP de la solicitud de mandato de AZTECA, a efectos que presente la documentación que considere pertinente y/o manifieste su posición sustentada respecto de lo señalado por AZTECA.

Con escrito recibido el 08 de abril de 2015, REP dio respuesta a la comunicación C.294-GG.GPRC/2015 del OSIPTEL.

Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2015-CD/OSIPTEL, de fecha 07 de mayo de 2015, se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para emitir el mandato de compartición de infraestructura solicitado por AZTECA.

A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 052-2015-CD/OSIPTEL, de fecha 21 de mayo de 2015, se aprobó el Proyecto de Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00001-2015-CD-GPRC/MC entre las empresas AZTECA y REP (en adelante, el Proyecto de Mandato), otorgándose a las partes un plazo de veinte (20) días calendario para que remitan sus respectivos comentarios.

¹ Tipo de fibra óptica señalado en el Numeral 9.3 - Características del cable de fibra óptica, del Anexo 12 de las Bases del Concurso - Especificaciones Técnicas.



Con carta CS00019-15011452, recibida con fecha 12 de junio de 2015, REP remitió sus comentarios al Proyecto de Mandato, emitido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 052-2015-CD/OSIPTEL.

A través del escrito recibido el 15 de junio de 2015, AZTECA remitió sus comentarios al Proyecto de Mandato emitido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 052-2015-CD/OSIPTEL.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 077-2015-CD/OSIPTEL, de fecha 09 de julio de 2015, se aprobó el Mandato de Compartición entre REP y AZTECA, contenido en el Informe N° 269-GPRC/2015 (en adelante, el Informe Sustentatorio); habiendo sido la referida resolución, notificada a las partes en fecha 16 de julio de 2015 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de julio de 2015.

Con escrito recibido en fecha 05 de agosto de 2015, REP interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Compartición, solicitando que el mismo sea declarado nulo y, en consecuencia, se emita un nuevo mandato.

A través de la comunicación C.771-GG.GPRC/2015, recibida en fecha 10 de agosto de 2015, se corrió traslado a AZTECA del recurso de reconsideración interpuesto por REP contra el Mandato de Compartición, a fin que AZTECA manifieste lo que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

Mediante escrito recibido en fecha 11 de agosto de 2015, AZTECA interpuso recurso de reconsideración contra lo establecido en el numeral 20.4 del Anexo I –Condiciones Generales del Mandato- del Mandato de Compartición, solicitando se elimine la obligación impuesta a AZTECA de otorgar carta fianza a favor de REP.

Con comunicación C.794-GG.GPRC/2015, recibida en fecha 13 de agosto de 2015, se corrió traslado a REP del recurso de reconsideración interpuesto por AZTECA contra el Mandato de Compartición, a fin que REP manifieste lo que considere pertinente en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

A través del escrito recibido en fecha 17 de agosto de 2015, AZTECA presentó sus comentarios al recurso de reconsideración interpuesto por REP contra el Mandato de Compartición.

Mediante escrito recibido en fecha 18 de agosto de 2015, REP presentó sus comentarios al recurso de reconsideración interpuesto por AZTECA contra el Mandato de Compartición.

Con comunicación C.834-GG.GPRC/2015, recibida en fecha 24 de agosto de 2015, se corrió traslado a REP del escrito presentado por AZTECA en fecha 17 de agosto de 2015; para conocimiento y fines.



A través de la comunicación C.854-GG.GPRC/2015, recibida en fecha 26 de agosto de 2015, se corrió traslado a AZTECA del escrito presentado por REP en fecha 18 de agosto de 2015; para conocimiento y fines.

3. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR REP.

3.1. Argumentos planteados por REP.

REP ha interpuesto recurso de reconsideración en contra del Mandato de Compartición, solicitando que el mismo sea declarado nulo y, en consecuencia, se emita un nuevo mandato, atendiendo a lo establecido en su contrato de concesión (en adelante, Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR), que es un contrato ley.

El referido recurso de reconsideración se sustenta en las siguientes consideraciones:

(i) Alcance del Mandato de Compartición:

REP discrepa con el alcance que el OSIPTEL ha otorgado al Mandato de Compartición, toda vez que considera éste ha replanteado cuestiones que habían sido negociadas por las partes y, respecto de las cuales, habían llegado a un acuerdo consensuado. Según indica REP, el OSIPTEL ha desconocido la verdadera finalidad del mandato al señalar que al encontrarse en etapa de negociación, resulta posible que se vuelva a poner en discusión cuestiones zanjadas por las partes durante las negociaciones.

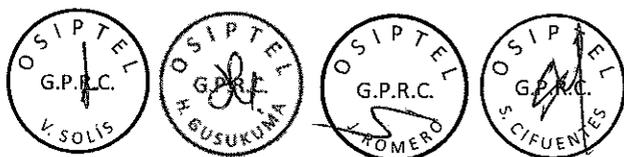
Sostiene REP que el mandato es un mecanismo de acceso que tiene por finalidad suplir a las partes en todo cuanto no hubieran arribado a un acuerdo, lo cual indica puede deducirse de la lectura del artículo 26 del Reglamento de la Ley Nº 28295^[2], que señala que en la solicitud de emisión de mandato se debe adjuntar como requisito indispensable (“cuanto menos”), entre otros, los acuerdos o puntos en los que existen discrepancias con el titular de la infraestructura de uso público.

² Decreto Supremo Nº 009-2005-MTC, que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. El artículo 26 contiene el siguiente texto:

“Artículo 26.- Solicitud de emisión de mandato de compartición

Vencido el período de negociación sin que las partes hayan logrado suscribir un contrato de compartición, cualquiera de las partes podrá solicitar a OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición, para lo cual adjuntará a su solicitud, cuando menos, lo siguiente:

1. Acreditación de la restricción emitida por autoridad competente, o la falta de su pronunciamiento, conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 7.
2. Acuerdos o puntos en los que existen discrepancias con el titular de la infraestructura de uso público.
3. Términos en los cuales solicita la emisión del mandato de compartición.
4. Otra información que establezca OSIPTEL.”



Según REP, la norma entiende al mandato como un remedio ante la omisión de las partes durante la negociación. En ese sentido, si las partes llegaron a ciertos acuerdos durante la etapa de negociación, el OSIPTEL debió respetar dichos acuerdos y limitarse a pronunciarse únicamente respecto de los puntos sobre los cuales existía discrepancia, los cuales fueron debidamente señalados por AZTECA en su solicitud de emisión de mandato. Menciona además REP que el hecho de haber absuelto el traslado de la totalidad del mandato, no significa que haya pasado por alto o desconozca la desnaturalización al alcance del Mandato de Compartición que está otorgando el OSIPTEL.

(ii) Reserva de capacidad en favor del Estado:

REP menciona que el OSIPTEL ha señalado en el Mandato de Compartición, que no resulta aplicable la obligación de REP de reserva de capacidad a favor del Estado, en tanto dicha obligación proviene del ejercicio de un derecho que se le otorga en virtud a su Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR, distinta a la obligación de brindar su infraestructura para el uso compartido con AZTECA, la cual proviene de un mandato de la Ley.

Al respecto, REP considera que el OSIPTEL ha hecho una distinción donde el contrato no distingue, y si se va a utilizar la infraestructura concesionada a REP para fines de telecomunicaciones, y no se va a entregar la referida reserva de capacidad a favor del Estado, entonces se requerirá formalizar una adenda al Contrato de Concesión, el mismo que es un Contrato Ley.

(iii) Costos de los estudios y supervisión:

REP señala que en forma previa al reforzamiento de las torres, se deben realizar estudios para determinar las condiciones en que se debe realizar el reforzamiento; sin embargo, en el Mandato de Compartición se ha determinado que este costo está dentro del pago por instalación de la fibra óptica.

Al respecto, REP menciona que el OSIPTEL no comprende que los estudios no se hacen en forma individual por cada torre, pues de hacerse así serían estudios superficiales y que no brindan garantía para el reforzamiento de la torre. En todo caso, señala REP, se deben realizar estudios por toda la ruta, y las torres que conforman la ruta deben ser estudiadas en forma conjunta para poder determinar los reforzamientos a que haya lugar.

(iv) Fallas continuas derivadas de la instalación u operatividad de la Fibra Óptica:

REP indica haber solicitado al OSIPTEL que en caso de continuas fallas que pongan en riesgo un servicio esencial como es el de transmisión eléctrica, exista la opción que AZTECA instale su propia postera. Sin embargo, indica REP que el OSIPTEL se ha



negado respecto de ese punto señalando que si no ocurren afectaciones durante la instalación, no debe ocurrir nada sobreviniente durante la operación; lo cual REP, como empresa con varios años de experiencia en el sector, señala saber que eso no es cierto pues durante la operación pueden ocurrir fallas.

Sostiene también REP que el OSIPTEL ha señalado que no deberían ocurrir fallas si REP tiene la obligación de mantener su infraestructura en perfecto estado, lo cual es efectivamente cierto para el servicio eléctrico, pero no para el servicio de telecomunicaciones pues se están colocando en cada torre el equivalente a ciento cincuenta (150) kilos de peso sin haber realizado un estudio adecuado de acuerdo a las condiciones especificadas por el OSIPTEL.

Indica REP que el OSIPTEL ha señalado que en caso de producirse fallas podría considerarse la emisión de una norma sea del Congreso o del Poder Ejecutivo para que se otorguen facultades relativas a la terminación del mandato. REP sostiene que así como la RDNFO fue declarada de interés nacional y necesidad pública, el servicio de transmisión de energía eléctrica constituye también un servicio de interés nacional y esencial, por lo que no cabe superponer un servicio sobre otro.

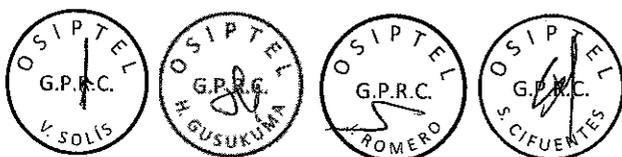
Menciona REP que si bien no pretende obstruir de manera alguna el tendido de la RDNFO, ello no implica que dicha actividad se realice sin tomar en consideración las posibles afectaciones que pudieran ocurrir en su infraestructura, en atención a que ésta se encuentra acondicionada para brindar el servicio de transmisión de energía eléctrica, mas no el de telecomunicaciones.

(v) Intervención del OSINERGMIN en la expedición del Mandato de Participación:

REP sostiene que, en la medida que el OSINERGMIN es el ente regulador encargado de la fiscalización y supervisión del sector eléctrico, solicitó al OSIPTEL que se requiriese opinión a dicho regulador antes de la emisión del mandato. Sin embargo, indica REP que el OSIPTEL ha señalado que el OSINERGMIN no tiene función normativa en la emisión del Mandato de Participación.

(vi) Necesidad de presentación de cartas fianzas por parte de AZTECA:

REP señala haber solicitado a AZTECA durante las negociaciones, dos (2) cartas fianzas que AZTECA accedió a otorgar: la primera para garantizar lo relativo a cualquier sanción impuesta derivada de la reserva de capacidad (tema antes mencionado) y la segunda para garantizar cualquier pago de multas, penalidades o compensaciones que se vea obligada a efectuar REP por causa imputable a AZTECA. No obstante, señala REP, en el Mandato de Participación se ha negado la necesidad de ambas cartas fianzas y se señala que REP está adecuadamente garantizado por los términos del Contrato de Concesión RDNFO, que lo obligan a mantener indemne a REP de cualquier



multa o penalidad, y que adicionalmente AZTECA cuenta con pólizas de seguro que cubren estos eventos.

Menciona REP que, si bien en el Mandato de Compartición se señala la obligación de AZTECA de responder ante REP, lo cierto es que sin carta fianza, el incumplimiento de AZTECA implicaría un proceso judicial bastante largo. Señala también REP que ninguna póliza de seguro cubre multas o penalidades, y que el hecho que AZTECA pueda ser sancionada por el OSIPTEL y ello la incentive a tomar las debidas precauciones, no beneficia en nada a REP pues el importe de la sanción lo recibe el mismo OSIPTEL.

(vii) Posibilidad que AZTECA inicie trabajos en tanto no haya acuerdos económicos, o pueda ir instalando fibra óptica en una torre mientras refuerza otra:

REP sostiene que ya resulta perjudicial económicamente para REP el hecho que aun cuando no se haya llegado a algún acuerdo económico, AZTECA pueda iniciar la instalación de la fibra óptica; pero según REP, más grave es el hecho que se haya autorizado a AZTECA a instalar fibra óptica mientras se están reforzando torres en la misma ruta. REP indica que tener cuadrillas que trabajen en forma paralela, una instalando fibra óptica y la otra reforzando la torre puede traer consigo una deficiente instalación por falta de coordinación, fallas en el sistema eléctrico y ser causa de accidentes.

(viii) Interpretación de la Ley de la RDNFO y su Reglamento y demás normas de telecomunicaciones:

REP señala que le preocupa que cuando se interpreta la normativa referida a la RDNFO, se efectúe para el caso de REP una interpretación restrictiva; sin embargo, cuando se trata de interpretar la normativa para AZTECA, se lleva a cabo una interpretación extensiva. Precisa REP que se refiere específicamente al caso de la obligación que tiene AZTECA de presentar una carta fianza que garantice el pago y cuyo monto debe ser tres meses de remuneración. Menciona REP que en el Mandato de Compartición, y a pesar de lo que la ley manda, se ha reducido el monto de la carta fianza para AZTECA de tres remuneraciones a una.

(ix) Desconocimiento de las funciones establecidas en la normativa de OSINERGMIN:

REP menciona que la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERGMIN, establece las funciones de este Organismo como son las de regular, supervisar y fiscalizar las actividades que desarrollan las personas jurídicas y naturales en los subsectores de electricidad. REP señala que los artículos 2 y 13 de la citada Ley establecen las funciones del OSINERGMIN en la regulación y supervisión del subsector electricidad. Sin embargo, según REP, el OSIPTEL ha relegado al OSINERGMIN a la categoría de un ente con el cual oportunamente se coordinará sin



participación alguna en la emisión del Mandato de Compartición y apenas le reconoce algunas facultades en lo relativo al negocio eléctrico.

3.2. Comentarios de AZTECA a los argumentos del recurso de reconsideración de REP.

En relación a los argumentos expresados por REP en su recurso de reconsideración, AZTECA ha señalado que REP se ha limitado a replicar los argumentos que ya ha expuesto en el procedimiento de emisión de mandato de compartición, los cuales, indica AZTECA, ya han sido objeto de contestación por parte de ella y de pronunciamiento por parte del OSIPTEL.

AZTECA refiere que REP no ha aportado argumentos ni pruebas adicionales a las aportadas en sus anteriores exposiciones. Por ello, AZTECA reitera los alegatos esgrimidos anteriormente sobre todos los aspectos del Mandato de Compartición que son materia de impugnación.

Consecuentemente, AZTECA solicita al Consejo Directivo del OSIPTEL se sirva declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por REP.

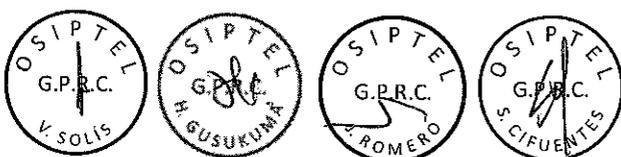
3.3. Posición del OSIPTEL.

(i) Sobre el alcance del Mandato de Compartición:

En relación al cuestionamiento que REP formula al alcance del Mandato de Compartición, por haber replanteado cuestiones que habían negociado y acordado las partes; se debe señalar lo siguiente:

- Según se ha sustentado en el apartado 4.2.2.3 del Informe Sustentatorio, el pronunciamiento que el OSIPTEL emite vía un mandato de compartición, considera todos los aspectos necesarios de ser incluidos en una relación de compartición de infraestructura que se enmarque, como en el presente caso, en la Ley N° 29904 - Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley N° 29904), y sus normas de desarrollo. Ello incluye los aspectos que previamente han sido consensuados por las partes, debiendo precisarse que éstos, al momento en que han sido sometidos a la decisión del OSIPTEL, no han adquirido aún naturaleza contractual, por cuanto, de conformidad con la normativa que rige la contratación en general^[3], no existe contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

³ Cfr. con el artículo 1359 del Código Civil.



- Asimismo, el OSIPTEL debe evaluar, necesariamente, todos los aspectos que se incorporarán a una relación de compartición de infraestructura vía mandato, por cuanto ello implica para el OSIPTEL el ejercicio de su función normativa⁴ y, por ende, el pronunciamiento que emita respecto de cada tema, debe tener sustento en la normativa vigente, en cumplimiento del principio de legalidad⁵. Además – como en el presente caso-, dicho pronunciamiento debe ser consistente con los títulos habilitantes que el Estado Peruano ha conferido a las partes para la prestación de los servicios de energía eléctrica y telecomunicaciones.
- De manera complementaria, se debe recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley N° 29904, el OSIPTEL debe velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre compartición de infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos para el despliegue de redes de telecomunicaciones de Banda Ancha, que establece la referida Ley. Con la finalidad de cumplir con dicha función, el OSIPTEL debe evaluar la integridad de los términos negociados por las partes no solo al resolver una solicitud de emisión de mandato de compartición, sino incluso cuando las partes hayan consensuado un contrato de compartición, el cual debe ser alcanzado al OSIPTEL precisamente para efectos de supervisión⁶. En este último caso, el OSIPTEL puede imponer las medidas correctivas y/o sancionatorias que correspondan, de advertirse que el contrato respectivo contiene incumplimientos a las disposiciones antes mencionadas.
- En ese sentido, es incorrecto lo señalado por REP en cuanto a que el mandato tiene por finalidad sólo suplir a las partes en todo lo que no se hubiera arribado a un acuerdo. En efecto, al emitir un mandato de compartición, el OSIPTEL debe asegurarse que el mismo sea una norma de carácter particular que se incorpore de manera coherente al sistema jurídico. Por consiguiente, la lectura que REP realiza del artículo 26 del Reglamento de la Ley N° 28295 es incorrecta –ello, sin perjuicio de aclarar que dicha norma no es directamente aplicable al presente procedimiento- debido a que dicha lectura conlleva a que el OSIPTEL reduzca el ejercicio su función normativa a simplemente validar acuerdos alcanzados por las partes, que incluso podrían ser inconsistentes con el ordenamiento normativo.
- Precisamente por lo señalado, no existe norma alguna que establezca que el OSIPTEL, al ejercer su función normativa y emitir mandatos, tenga la obligación de validar en cualquier caso los puntos que las partes acordaron durante la etapa de negociación, y limitar su pronunciamiento únicamente respecto de los puntos sobre los cuales existía discrepancia entre las partes, como lo plantea REP. Una hipotética norma de este tipo sería contraria al orden público, en tanto supeditaría el interés general, que debe ser defendido por el OSIPTEL, al interés de las partes.

⁴ Cfr. con el artículo 23, segundo párrafo, del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

⁵ Cfr. con el artículo I de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

⁶ Cfr. con el numeral 25.2 del artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904.

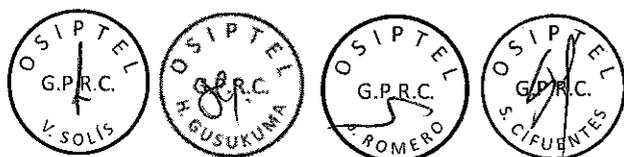


En consecuencia, se concluye que el alcance del Mandato de Compartición es consistente con la función normativa conferida al OSIPTEL por la legislación aplicable, por lo que se deben desestimar los argumentos respectivos expuestos por REP.

(ii) Sobre la reserva de capacidad en favor del Estado:

Respecto de lo señalado por REP en cuanto a que el OSIPTEL ha hecho una distinción sobre la reserva de capacidad a favor del Estado donde su Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR no distingue, y que si no se va a entregar la referida reserva entonces se requiere una adenda a dicho contrato (que es un contrato-ley); se debe señalar lo siguiente:

- De conformidad con lo mencionado en el acápite 4.2.2.3 del Informe Sustentatorio del Mandato de Compartición, el OSIPTEL ha analizado el alcance de la obligación de REP de reservar capacidad de telecomunicaciones a favor del Estado, realizando una evaluación sistemática e integral del numeral 8.10 de la Cláusula Octava y el Anexo N° 15 del Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR; en particular, las disposiciones del numeral 8.10.1 del referido contrato y los numerales 2.3 y 2.7 del mencionado Anexo N° 15, que han sido citados textualmente y analizados en el precitado informe. La referida evaluación concluyó en que la obligación de entregar al Estado la reserva de capacidad de telecomunicaciones prevista en el Contrato ETECEN-ETESUR, se torna exigible cuando REP, sus Empresas Vinculadas o el tercero que REP designe, utilizan la infraestructura de la concesión eléctrica para ejercer el derecho que el Estado ha conferido a REP, esto es, brindar el servicio de telecomunicaciones explotando la infraestructura eléctrica.
- En ese sentido, los alcances del Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR son sumamente claros y no regulan la situación de hecho por la cual un tercero que no sea Empresa Vinculada de REP, o que no sea designado por REP, solicite a ésta acceso a la infraestructura de la referida concesión eléctrica en aplicación del marco legal en vigor. En el presente caso, REP no ha designado a AZTECA para que preste servicios de telecomunicaciones con la infraestructura de su concesión eléctrica; y, por ende, REP brindará a AZTECA el acceso y uso de su infraestructura, en cumplimiento de una obligación legal –concretizada a través del Mandato de Compartición- y no en ejercicio de un derecho contractual.
- En adición a lo anterior, en el Informe Sustentatorio (acápite 4.2.2.3) se señaló que el derecho contractual conferido a REP por el Estado Peruano, debe ser ejercido –por REP, sus Empresas Vinculadas o los terceros que REP designe– conforme a reglas que serían incompatibles con las obligaciones contractuales que AZTECA ha asumido también con el Estado Peruano, como las relativas a la provisión continua del Servicio Portador durante toda la vigencia del Contrato de Concesión RDNFO.



- Asimismo, en el Informe Sustentatorio se observó también que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) había señalado^[7] que “En el supuesto que AZTECA, en tanto operador de telecomunicaciones no vinculado a REP S.A. ni designado por esta última, utilice la red de REP S.A. para desplegar la RDNFO, no se encontrará obligada a entregar capacidad a favor del Estado”. Asimismo, se señaló que los considerandos de las Resoluciones Ministeriales N° 444-2007-MEM/DM y N° 466-2012-MEM/DM^[8], emitidas por el Ministerio de Energía y Minas para aprobar las disposiciones del Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR en materia de telecomunicaciones, permiten advertir que el MTC emitió en su oportunidad opinión favorable para la aprobación de dichas disposiciones y, además, es la entidad del Estado Peruano encargada de la administración de los derechos que se le reconocen en el Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR en materia de telecomunicaciones^[9].
- Por consiguiente, en tanto el Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR regula situaciones distintas a las del Mandato de Compartición, es incorrecto lo señalado por REP, en cuanto a que para cumplir con el Mandato de Compartición, requeriría formalizar, por vía contractual –es decir, conforme a su voluntad-, una adenda a su Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR. Para mayor claridad, es como si se planteara que para cumplir con la norma A, que regula el supuesto de hecho B, se tuviera que modificar la norma X, que regula el supuesto de hecho Y. Evidentemente, el razonamiento de REP es erróneo.

En consecuencia, se concluye que el Mandato de Compartición es coherente con lo dispuesto en el Contrato de Concesión ETECEN-ETESUR en materia de reserva de capacidad de telecomunicaciones a favor del Estado Peruano, en tanto cada uno regula situaciones distintas y sus premisas normativas no se confrontan; por ende, se deben desestimar los argumentos expuestos por REP sobre este punto.

(iii) Sobre los costos de los estudios y supervisión:

En relación a lo señalado por REP respecto a los costos de los estudios y supervisión, debe señalarse lo siguiente:

⁷ Informe N° 147-2014-MTC/26 de fecha 22 de mayo de 2014. Presentado por AZTECA como Anexo 1-D de su solicitud para la emisión de mandato de compartición.

⁸ Resoluciones Ministeriales insertadas en los Testimonios de Escritura Pública presentados por REP con su comunicación recibida el 29 de abril de 2015, que consta en el Expediente N° 0001-2015-CD-GPRC/MC.

⁹ Testimonio de Escritura Pública N° 2915, presentado por REP con su comunicación recibida el 29 de abril de 2015. Clausula Sexta de la Minuta de Modificación Contractual: “El Concedente designa al Ministerio de Transportes y Comunicaciones como la entidad del Estado encargada de la administración de los derechos reconocidos al Estado en el numeral 8.10.3 de la Cláusula Octava del Contrato. En consecuencia, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es la entidad del Estado con la cual la Sociedad Concesionaria tratará directamente todos los aspectos relacionados con la actividad de telecomunicaciones.”



- En su recurso de reconsideración, REP menciona que los estudios no se hacen por cada torre pues ello sería superficial, sino que debería hacerse por toda la Ruta e incluir conjuntamente a todas las torres que la conforman. Respecto de lo cual, se debe recordar que el Mandato de Compartición sí dispone medidas que permitirán que cada Ruta –y las torres que la conforman- cuente con sus respectivos estudios e ingeniería de detalle. En efecto:
 - a) AZTECA debe presentar a REP las Rutas requeridas y solicitarle información técnica de la Infraestructura Eléctrica contenida en cada Ruta^[10], debiendo para ello AZTECA haber realizado previamente un estudio preliminar respecto de cada Ruta.
 - b) Posteriormente, AZTECA debe preparar los Estudios e Ingeniería de Detalle de cada Ruta, empleando la información que REP debe brindar y ciñéndose a los requerimientos especificados en el Anexo II.3 del propio Mandato de Compartición. Para tal efecto, REP debe entregar a AZTECA la planimetría que tenga disponible de la Infraestructura Eléctrica que correspondan a cada Ruta y, en caso de requerirse el análisis de carga en alguna estructura que compone la red, REP debe suministrar los datos de las especificaciones técnicas disponibles, como por ejemplo, el tipo y características de la estructura, cargas de diseño, factores de seguridad, antigüedad de la infraestructura, estado actual, cruces existentes con otras líneas de transmisión, cimentación, características de cables con Fibra Óptica que existan, entre otras^[11].
 - c) Inclusive, si REP no tuviera disponible información necesaria para realizar los Estudios e Ingeniería de Detalle para el reforzamiento de las torres y la instalación del cable de fibra óptica, AZTECA tiene la obligación de levantar en el campo la referida información^[12].
 - d) Los estudios técnicos detallados que realice AZTECA para cada Ruta, deben sustentar el Expediente Técnico de la Ruta respectiva, el cual debe ser presentado a REP para su observación técnica o aceptación. Se debe recordar que el Expediente Técnico respectivo deberá contener, entre otra información, la memoria de cálculo, que incluye el árbol de cargas sobre cada torre o estructura adicionando el cable de fibra óptica tipo ADSS para los diferentes *span*, la verificación de esfuerzos sobre cada torre, de ser necesario, el cálculo mecánico del conductor y fibra óptica, y la tabla de flechado. Además, el mencionado Expediente deberá considerar los planos del proyecto, con información del trazo de ruta, estructuras típicas, detalles de sujeción y ensamble de fibra óptica con las estructuras, incremento de altura

¹⁰ Cfr. con el numeral 3.3 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición.

¹¹ Cfr. con los numerales 3.3 y 11, literal b), de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición.

¹² Cfr. con el numeral 12.1, literal r, de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición.

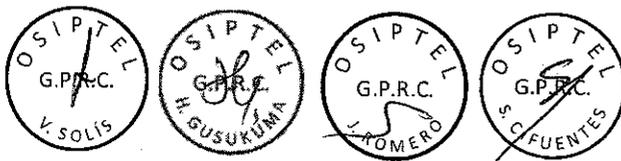


en las torres (si la hubiera), perfil y planimetría de conductores y fibra óptica, entre otra información^{13]}.

- Como se aprecia, de acuerdo al Mandato de Compartición, AZTECA tiene la obligación de realizar, a su costo, estudios técnicos completos de cada Ruta, de los cuales, de ser el caso, se concluirá –con la aprobación de REP- en la necesidad de efectuar reforzamiento a alguno o varios elementos de la red de REP. Es en esta segunda etapa, cuando ya se tengan plenamente identificados los elementos que deben ser reforzados, que REP debe realizar estudios para definir el tipo de reforzamiento que considera óptimo para el elemento respectivo^{14]}. Según se ha señalado en el numeral (iii) del acápite 5.1 del Informe Sustentatorio, la propuesta económica por reforzamiento que, en caso corresponda, dirigirá REP a AZTECA, incluirá no solo los costos derivados de los trabajos operativos de reforzamiento, sino que, de ser el caso, contemplarán también los costos relacionados con aquellas actividades conexas al mismo, como son los estudios y/o supervisión de la adecuación.
- Dentro de un esquema técnico como el señalado, resulta acertado que los costos de los estudios y supervisión de los trabajos específicos de reforzamiento de alguna torre o poste, sean los únicos costos que REP pueda incorporar en su propuesta económica del pago único por el acceso y uso de su infraestructura que corresponde efectuar a AZTECA. Ello, en tanto: (i) es el único estudio necesario que falta realizar luego de aprobada la Ruta respectiva por REP; (ii) a dicho momento, los costos en cuestión no han sido aún cubiertos y en virtud de la Ley Nº 29904 y su Reglamento, forman parte de los costos de adecuación que deben ser asumidos por AZTECA.
- Además de forma complementaria, cabe señalar que el Mandato de Compartición prevé la conformación de un Comité Técnico integrado por ambas partes, a efectos de estudiar, analizar, programar y acordar respecto de los asuntos operacionales, técnicos y económicos que requieran solucionar las partes, aplicando las buenas prácticas de ingeniería, y la eficiencia técnica y económica para arribar en una solución factible para ambas partes.
- En consecuencia, queda demostrado que en cumplimiento del Mandato de Compartición, sí se deberán realizar estudios a detalle por cada Ruta y de las torres que la conforman, para determinar los reforzamientos a que haya lugar, encontrándose por tanto atendida la preocupación referida por REP en su recurso de reconsideración. Sin embargo, debe descartarse el cuestionamiento de REP de que no se le reconozca el costo de los estudios y supervisiones distintos a los que corresponden al reforzamiento de los elementos específicos identificados en

¹³ Cfr. con los numerales 3.4 al 3.8 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición, concordados con su Anexo II.5, acápite a.3, numerales 2 y 3 del tercer ítem.

¹⁴ Cfr. con el numeral 4.2, literal (i), de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición.



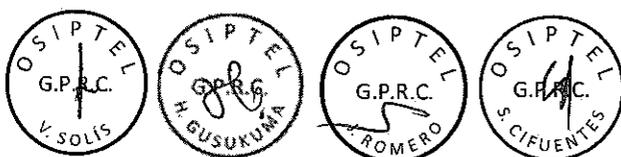
cada Ruta, por cuanto, los costos de los demás estudios y supervisiones ya se encuentran cubiertos directamente por AZTECA y corresponden a actividades que este concesionario debe ejecutar por sí mismo, de conformidad con el esquema definido por el Mandato de Compartición.

Por consiguiente, se concluye que las medidas que el Mandato de Compartición contiene respecto de los costos de los estudios y supervisión de las adecuaciones (reforzamiento de torres), son las que técnica, económica y legalmente corresponde que AZTECA reconozca a REP; por ello, se deben desestimar los argumentos expuestos por REP sobre este punto.

(iv) Sobre las fallas continuas derivadas de la instalación u operatividad de la Fibra Óptica:

Respecto del planteamiento de REP para que, en caso de continuas fallas que pongan en riesgo el servicio de transmisión eléctrica, exista la opción que AZTECA instale su propia postera; se debe señalar lo siguiente:

- En primer término, se debe señalar que el OSIPTEL no ha señalado que “*si no ocurren afectaciones durante la instalación no debe ocurrir nada sobreviniente durante la operación*”, como erróneamente lo ha entendido REP. Lo que se ha indicado en el Informe Sustentatorio (acápites 4.3 y 5.1, numeral x) es que de conformidad con el artículo 13, numeral 13.1, de la Ley N° 29904, el acceso y uso a la infraestructura eléctrica puede restringirse válidamente sólo cuando ocurran las causas que prevé la propia Ley o que pueda prever su Reglamento. Es decir, sólo la Ley y su Reglamento pueden establecer limitaciones al acceso y uso a la infraestructura de REP. En ese sentido, una norma distinta a las mencionadas, como el Mandato de Compartición, no puede establecer restricciones adicionales al acceso y uso compartido de la infraestructura dispuesto por la precitada disposición de la Ley N° 29904.
- Asimismo, en el acápite 4.2.4.3 del Informe Sustentatorio, se ha señalado que el Reglamento de la Ley N° 29904, según su texto en vigor, no contempla el caso en que durante la ejecución de la relación de compartición de infraestructura, sobrevenga una causal que califique como una “*limitación técnica que ponga en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios de energía eléctrica o hidrocarburos*”, o alguna otra restricción que determine el fin del uso de la infraestructura compartida, no obstante la facultad que le ha conferido la Ley N° 29904.
- En esa línea, en el numeral (x) del acápite 5.1 del Informe Sustentatorio, ante el planteamiento de REP para que frente a afectaciones continuas al servicio eléctrico, AZTECA retire la fibra óptica en el tramo respectivo y opte por otro medio de sujeción de dicha fibra; se señaló que: (i) los eventuales riesgos eléctricos que genere AZTECA pueden ser controlados por el OSINERGMIN según la normativa

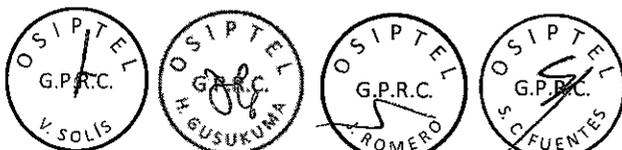


vigente^[15], y la afectación propiamente a los servicios de energía eléctrica es sancionable por el OSIPTEL y debe ser reparada a REP por AZTECA, en el marco de la Ley N° 29904; y (ii) el establecimiento de medidas complementarias como el retiro permanente del cable de fibra óptica del operador de telecomunicaciones de tramos específicos de la red de energía eléctrica, implica una limitación al uso de la infraestructura eléctrica para el operador de telecomunicaciones, que en la actualidad no se encuentra prevista en la normativa de alcance general, según se ha señalado en párrafos precedentes al definir los alcances del artículo 13, numeral 13.1, de la Ley N° 29904 y el desarrollo reglamentario de esta disposición.

- En el Informe Sustentatorio se ha hecho también la salvedad que el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo -éste último en ejercicio de su potestad reglamentaria- pueden introducir modificaciones a las normas que definen las causales de denegatoria al acceso y uso de la infraestructura compartida. Ciertamente, en la eventualidad que dichas modificaciones se aprueben, pasarán a formar parte del marco jurídico al cual REP y AZTECA deben sujetar su relación de compartición.
- Por otra parte, dado que REP menciona que no pretende obstruir de manera alguna el tendido de la RDNFO, es oportuno recordar que ello no podría ser de algún otro modo, en tanto que si se advirtiera alguna presunta obstrucción, ésta debería ser investigada al ser la negativa injustificada a facilitar el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, una infracción administrativa muy grave, tipificada como tal por la propia Ley N° 29904^[16]. Asimismo, en tanto el grupo económico al cual pertenece REP participa también en el mercado de telecomunicaciones (a través de la empresa Internexa Perú S.A.), cualquier presunta obstrucción podría ser también investigada por el OSIPTEL como una potencial práctica anticompetitiva, sancionable de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- Finalmente, la preocupación de REP para que la actividad de AZTECA se realice tomando en consideración las posibles afectaciones que pudieran ocurrir en su infraestructura eléctrica –en atención a que ésta se encuentra acondicionada para brindar el servicio de transmisión de energía eléctrica, mas no el de telecomunicaciones-; es una preocupación entendible y compartida probablemente por los diversos concesionarios eléctricos con los que AZTECA ha negociado y celebrado Contratos de Acceso y Uso de Infraestructura, y también, con toda seguridad, por el OSIPTEL. Por ello, en el Mandato de Compartición se han incluido todas las medidas necesarias -técnicas, económicas y legales-

¹⁵ Cfr. con el "Procedimiento para la Atención y Disposición de Medidas ante Situaciones de Riesgo Eléctrico Grave", aprobado por Resolución N° 107-2010-OS-CD.

¹⁶ Cfr. con el artículo 30.1, literal a., de la Ley N° 29904.



orientadas a evitar cualquier afectación al servicio de transmisión eléctrica de REP.

Por consiguiente, se debe ratificar lo establecido en el Mandato de Compartición respecto del punto cuestionado por REP en su recurso de reconsideración, correspondiendo desestimar los argumentos respectivos.

(v) Sobre la Intervención del OSINERGMIN en la expedición del Mandato:

Respecto de lo mencionado por REP en relación a la intervención del OSINERGMIN en la expedición del Mandato de Compartición; se debe señalar lo siguiente:

- En el numeral (xiv) del acápite 5.1 del Informe Sustentatorio, se sustentó que según la Ley N° 29904 y su Reglamento –elaborado con la participación del OSINERGMIN^[17]– la opinión del OSINERGMIN no resulta preceptiva para que este Organismo ejerza su función normativa y defina las condiciones de la relación de compartición de infraestructura del presente procedimiento.
- En efecto, y a mayor abundamiento, se debe recordar que en el presente caso, no se dieron las condiciones que establece el artículo 26, numeral 26.1, del Reglamento de la Ley N° 29904^[18], para que el OSIPTEL solicite al OSINERGMIN (y/o al Ministerio de Energía y Minas), el informe técnico respectivo, en tanto:
 - a) La falta de acuerdo entre REP y AZTECA no obedeció a riesgos de continuidad del servicio de energía de REP. En modo distinto, la falta de acuerdo estuvo referida a los cuatro (4) puntos –económicos y legales–, que se fijaron en el acápite 3 del Informe Sustentatorio^[19], entre los cuales no se encuentran los referidos riesgos de continuidad;

¹⁷ Cfr. con la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29904: "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." [el subrayado es agregado]

¹⁸ "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.(...)"

¹⁹ Los puntos discrepantes entre las partes:

- (i) Pagos por revisión y aprobación de los expedientes técnicos de las rutas presentadas por AZTECA y por la supervisión de trabajos de campo.
- (ii) Reserva de capacidad de telecomunicaciones a favor del Estado.
- (iii) Solicitud de Cartas Fianzas.
- (iv) Resolución del contrato por decisión unilateral de REP.



- b) Ni al absolver el traslado de la solicitud de emisión de mandato, ni al presentar observaciones al Proyecto de Mandato, REP cuestionó que la falta de acuerdo con AZTECA se haya producido por riesgos de continuidad en el servicio de energía; y,
- c) Si REP hubiera advertido los referidos riesgos, seguramente no hubiera negociado diversos aspectos de la relación de compartición de infraestructura con AZTECA, que recogen una situación de hecho clara: la red eléctrica de REP no presentaba riesgos que justificaran denegar el acceso a AZTECA para no afectar la continuidad del servicio de energía eléctrica, solo que REP consideraba que las condiciones –básicamente económicas- en que debería producirse dicho acceso, debían ser distintas a las propuestas por AZTECA.

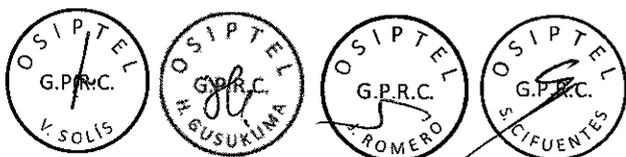
Por consiguiente, se debe ratificar que la actuación llevada a cabo por el OSIPTEL en la tramitación del Mandato de Compartición, se ha realizado conforme a las competencias que el marco normativo aplicable ha atribuido al OSINERGMIN y al OSIPTEL; por ello, se deben desestimar los cuestionamientos de REP vinculados a este tema.

(vi) Sobre la necesidad de presentación de cartas fianzas por parte de AZTECA:

Respecto de lo señalado por REP en cuanto a la necesidad que AZTECA presente las dos (2) cartas fianzas que habría aceptado otorgar durante las negociaciones; nos remitimos, como primer punto, a lo señalado en el numeral (i) del presente acápite del informe, respecto al alcance de la función normativa que el OSIPTEL ha ejercido al emitir el Mandato de Compartición.

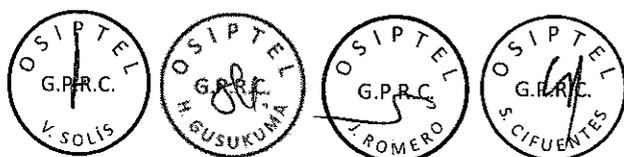
De manera complementaria, se debe mencionar lo siguiente:

- En el acápite 4.2.3.3 del Informe Sustentatorio, se evaluó si, de acuerdo al marco normativo aplicable, correspondía que AZTECA emitiera las dos (2) cartas fianzas antes señaladas. Respecto de la primera de ellas (carta fianza de fiel cumplimiento) se señaló que no resultaba justificado imponer a AZTECA mediante un mandato, la obligación de constituir una fianza para garantizar el cumplimiento de una obligación a la cual no se encontrará sujeta. En cuanto a la segunda de las cartas fianza (por el inicio de los trabajos de despliegue de la RDNFO), se señaló que los daños y/o perjuicios que AZTECA cause a REP durante el despliegue de la RDNFO, se encuentran cubiertos por el Seguro de Responsabilidad Civil que AZTECA debe mantener vigente en cumplimiento del Contrato de Concesión RDNFO; y respecto de las multas y/o penalidades, se señaló que en cumplimiento de la Ley N° 29904 y su Reglamento, REP no debería asumir ninguna multa o penalidad vinculada a la prestación del servicio de energía eléctrica, que se derive de algún acto imputable a AZTECA.



- Inclusive, en el numeral (xi) del acápite 5.1 del Informe Sustentatorio, se aclaró que si por alguna circunstancia REP resultara obligada a asumir la responsabilidad por una afectación cuya causa no le sea imputable a ella y sí a AZTECA, ésta habría ocasionado un daño a REP que deberá reparar (por las pérdidas económicas que representa para REP), en su calidad de responsable legal de la afectación. Por ello, en el supuesto que AZTECA incumpla con alguna normativa del sector de electricidad pero sea REP quien resulte siendo el agente fiscalizado y sancionado, REP afrontaría un perjuicio por un hecho imputable a AZTECA, siendo por tanto plenamente exigible la obligación del artículo 32, literal c, del Reglamento de la Ley N° 29904, según la cual AZTECA debe *“asumir la responsabilidad que le sea imputable por los daños y perjuicios sufridos por los concesionarios de energía eléctrica o hidrocarburos, así como por terceros, como consecuencia de la instalación y operación de infraestructura necesaria para la expansión de la Banda Ancha.”*
- Se mencionó también en el Informe Sustentatorio que, para casos como los señalados, AZTECA ha sido obligada por el Estado Peruano a través del Contrato de Concesión RDNFO^[20], a *“(…) contratar y mantener vigente por su cuenta y costo, una póliza de seguro por responsabilidad civil (RC), desde la Fecha de Cierre y durante todo el plazo del Contrato, que cubrirá cualquier daño, pérdida o lesión que pudiere sobrevenir a bienes de terceros o a terceros a causa de cualquier acción del Concesionario, sus contratistas, subcontratistas, sus funcionarios y/o dependientes, en relación con la ejecución del Contrato (...).”* (el subrayado es agregado). Asimismo, se enfatizó que el seguro antes mencionado, precisamente cuenta con cobertura por construcción –entre otras coberturas-, que precisamente es el riesgo que REP tenía interés en cubrir con la carta fianza que planteaba exigir a AZTECA, durante el despliegue de la RDNFO. Como bien debe saber REP, esta obligación de AZTECA ha sido contemplada en el numeral 20.3 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición.
- Asimismo, ante la pregunta de REP respecto a cuál era el mecanismo para que pueda recuperar de AZTECA el monto que se vea obligado a pagar si no cuenta con una carta fianza, en el Informe Sustentatorio (numeral (xiv) –punto 3- del acápite 5.1) se señaló que si REP se viera obligada a pagar una compensación por una falla del servicio eléctrico cuya causa sea imputable a AZTECA, corresponderá aplicar lo previsto en los numerales 13.2 y 13.3 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición. Así también, se precisó que si AZTECA hipotéticamente pretendiera rehuir a su obligación, REP puede solicitar al OSIPTEL que, en el marco de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley N° 29904, vele por el cumplimiento del artículo 15, literal b., del referido cuerpo normativo y adopte medidas para que AZTECA asuma la responsabilidad que le corresponde. Para tal efecto, se indicó que el OSIPTEL podría establecer las disposiciones conducentes a asegurar un pago pronto de la obligación pendiente –con los

²⁰ Cfr. con la Cláusula 38, numeral 38.1, del Contrato de Concesión RDNFO.



intereses incluidos-, como podría ser un pago a cargo del seguro que AZTECA debe mantener en vigor en cumplimiento del Contrato de Concesión RDNFO, por los daños que le habría generado a REP.

En conclusión, la Ley N° 29904, su Reglamento, el Contrato de Concesión RDNFO y el Mandato de Compartición, establecen mecanismos para que el OSIPTEL actúe en caso AZTECA genere un daño a REP que deba reparar, lo que permitirá evitar el “*proceso judicial bastante largo*” que menciona REP en su recurso de reconsideración. En ese sentido, se debe desestimar los argumentos de REP y confirmar lo dispuesto sobre este tema en el Mandato de Compartición.

(vii) Sobre la posibilidad que AZTECA inicie trabajos en tanto no haya acuerdos económicos, o pueda ir instalando fibra óptica en una torre mientras refuerza otra:

En relación a lo señalado por REP respecto a la supuesta gravedad de haber autorizado a AZTECA a instalar fibra óptica mientras se están reforzando torres en una misma Ruta; se debe señalar lo siguiente:

- En primer término, se observa que REP cuestiona la supuesta falta de idoneidad técnica del esquema adoptado por el Mandato de Compartición para el despliegue de fibra óptica. Sin embargo, REP no ofrece mayor sustento de lo que simplemente menciona, en este caso, que el hecho de emplear cuadrillas paralelas (una instalando fibra óptica y otra reforzando alguna torre), sea, inherentemente, una causa de deficiente instalación, fallas en el sistema eléctrico, o de accidentes.
- En efecto, REP no ofrece ninguna evidencia que lleve a reconsiderar lo señalado en el numeral (iv) del acápite 5.1 del Informe Sustentatorio, en el que se indica que el despliegue de la RDNFO sobre la infraestructura eléctrica es un proceso continuo que no debe depender de la finalización de la adecuación de dicha infraestructura, y que lo contrario sería aceptar que el despliegue de la fibra óptica en estructuras ubicadas en el extremo de una ruta se paralice en función a si se están reforzando otras estructuras ubicadas en el otro extremo de la misma ruta. En buena cuenta, en diferentes circunstancias, que pueden ser la mayoría de las veces, los riesgos que señala REP por tener dos cuadrillas trabajando en paralelo en una Ruta (deficiente instalación por falta de coordinación, fallas en el sistema eléctrico, o accidentes), pueden ser muy bajos y controlables, o incluso inexistentes.
- En ese sentido, el Mandato de Compartición ha considerado técnicamente viable que AZTECA pueda iniciar los trabajos de despliegue sobre la parte de la infraestructura eléctrica que no requiera reforzamiento, una vez que REP haya aprobado la Ruta propuesta, adoptando para ello las soluciones técnicas



provisionales que correspondan, y cumpliendo con las normas técnicas y de seguridad aplicables.

- De manera complementaria, se debe precisar que el empleo de dos (o más) cuadrillas por cada RUTA, es una alternativa para el despliegue de fibra óptica que, por sí misma, no genera afectación al servicio eléctrico brindado por REP. Si bien es cierto que ello requerirá de AZTECA un esfuerzo mayor de coordinación, se debe recordar que el referido concesionario ha sido calificado por el Estado Peruano para desarrollar la RDNFO, en mérito a –entre otros factores- su experiencia en la gestión de redes de fibra óptica de gran extensión^[21]. Por ello, la regla del Mandato de Compartición cuestionada por REP, no debería representar la gravedad que ésta aduce, y ante cualquier eventualidad negativa para REP causada por AZTECA, ésta debe mantenerla indemne de toda responsabilidad, costo, daño, gasto, procedimiento administrativo, judicial o arbitral (incluyendo gastos y honorarios por servicios legales) relacionados con cualquier reclamo y/o juicios iniciado por terceros en contra de REP por causas que sean imputables a AZTECA^[22], debiendo además contar con una póliza de seguro que, de ser el caso, repare los daños causados a REP, según se ha señalado en párrafos precedentes.

En consecuencia, se deben desestimar los argumentos expuestos por REP en relación a los puntos del Mandato de Compartición bajo análisis.

(viii) Sobre el supuesto desconocimiento de las funciones establecidas en la normativa de OSINERGMIN:

Respecto al supuesto desconocimiento de las funciones establecidas en la normativa de OSINERGMIN, en que, según REP, ha incurrido el Mandato de Compartición; se debe enfatizar que el entendimiento del Mandato de Compartición por parte de REP es incorrecto. En efecto:

- En primer término, contrariamente a lo afirmado por REP, el OSIPTEL no ha efectuado ninguna “relegación” del OSINERGMIN a una supuesta “categoría de un ente con el cual oportunamente se coordinará”. Por el contrario, según se ha señalado en el numeral (xiv) del acápite 5.1 del Informe Sustentatorio, se ha mencionado que el Reglamento de la Ley N° 29904 es una norma que reconoce la existencia de las facultades legales del OSINERGMIN y, en ese contexto, señala textualmente en su artículo 33 que el OSIPTEL, a efectos de ejercer su función supervisora en materia de compartición de infraestructura eléctrica, “podrá realizar las coordinaciones que considere necesarias con las autoridades del sector energía, estableciendo las disposiciones específicas y complementarias que sean necesarias.”^[23] Asimismo, se mencionó que el propio OSINERGMIN

²¹ Cfr. con el numeral 5.2.1.2 del Anexo 15 del Contrato de Concesión RDNFO – Bases del Concurso.

²² Cfr. con el numeral 12.1, literal h), de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición.

²³ Cfr. con el artículo 33, numeral 33.2, del Reglamento de la Ley N° 29904.



participó en la elaboración del Reglamento de la Ley N° 29904^[23] y tiene conocimiento de la coordinación que podría existir entre ambos reguladores, a fin de asegurar el cumplimiento de la Ley N° 29904 y normativa vinculada.

- De manera complementaria, se debe señalar que el objeto del presente Mandato de Participación es establecer las condiciones para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, estableciendo la obligación de AZTECA de cumplir con toda la normativa del sector eléctrico. Asimismo, según se ha sustentado en el numeral (x) del acápite 5.1 del Informe Sustentatorio: (i) la ley que define las facultades del OSINERGMIN^[24] establece que dicho regulador ejerce sus atribuciones conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos, y (ii) un mandato de participación es una norma que no cuenta con naturaleza reglamentaria por carecer de alcances generales. Por lo tanto, el Mandato de Participación es una norma que no puede quitar ni añadir funciones al OSINERGMIN. En cualquier caso, se debe enfatizar que el Mandato de Participación es una norma que debe ser aplicada de manera consistente con el marco jurídico en vigor, incluido el que define las funciones y facultades del OSINERGMIN.

Consecuentemente, se deben desestimar los argumentos del recurso de reconsideración de REP, relativos al tema bajo análisis.

(ix) Sobre los comentarios de AZTECA al recurso de reconsideración de REP:

Al comentar el recurso de reconsideración de REP, AZTECA se ha remitido a sus alegatos anteriormente esgrimidos en el procedimiento, por cuanto –según señala AZTECA– REP se ha limitado a replicar los argumentos que han sido objeto de contestación por parte de AZTECA y de pronunciamiento por parte del OSIPTEL, sin aportar argumentos ni pruebas adicionales.

En ese sentido, en tanto AZTECA solo ha reiterado de manera genérica sus alegatos expuestos anteriormente en el procedimiento, y en tanto éstos ya han sido absueltos por el OSIPTEL oportunamente, no corresponde emitir pronunciamiento adicional sobre los referidos comentarios.

(x) Conclusión respecto del recurso de reconsideración de REP:

Atendiendo a la evaluación realizada de los argumentos que sustentan el recurso de reconsideración de REP, se concluye que los mismos deben ser desestimados, debiendo declararse infundado dicho recurso y confirmarse, en todos sus extremos, la

²³ Cfr. con la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29904.

²⁴ Cfr. con el artículo 9, literal e), de la Ley N° 26734 – Ley del OSINERGMIN, y sus modificatorias.



Resolución de Consejo Directivo N° 077-2015-CD/OSIPTEL, que aprueba el Mandato de Compartición.

4. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR AZTECA.

4.1. Argumentos planteados por AZTECA.

AZTECA ha interpuesto recurso de reconsideración en contra de lo establecido en el numeral 20.4 del Anexo I –Condiciones Generales del Mandato- del Mandato de Compartición, solicitando que se elimine de éste la obligación de AZTECA de otorgar carta fianza a favor de REP.

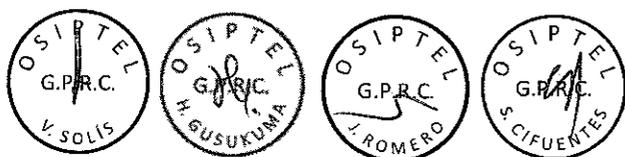
El referido recurso de reconsideración se sustenta en las siguientes consideraciones:

(i) **EL OSIPTEL debe tomar en cuenta las características del Proyecto RDNFO:**

AZTECA menciona que en el Proyecto de Mandato, el OSIPTEL señaló que AZTECA debería otorgar a favor de REP una carta fianza equivalente a tres meses las contraprestaciones mensuales por compartición de la infraestructura eléctrica, para lo cual tomó como referencia lo establecido en el artículo 20 de las Disposiciones complementarias a la Ley de Acceso a la infraestructura de los Proveedores Importantes de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones^[25] (en adelante, las Disposiciones Complementarias). AZTECA indica que al comentar el referido Proyecto de Mandato manifestó su desacuerdo con dicha medida, pues entre el mercado de los referidos Proveedores Importantes y el de compartición de infraestructura eléctrica existen diferencias que no debían dejar de ser consideradas, como los plazos de ejecución de labores de despliegue de redes, las áreas de concesión, el número total de casos que podrían presentarse, entre otras, que hacían inviable la aplicación de la medida propuesta a la compartición de infraestructura eléctrica bajo la Ley N° 29904 y su Reglamento.

Refiere AZTECA que al sustentar el numeral 20.4 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición, el OSIPTEL ha señalado que las características particulares de la provisión de servicios mencionada por AZTECA en sus comentarios al Proyecto de Mandato, no son un limitante para que REP pueda tener certidumbre sobre el pago de las retribuciones a las que tiene derecho. A decir de AZTECA, el OSIPTEL se ha limitado a mencionar que es posible que ciertas situaciones descritas por ella como características del Proyecto RDNFO, podrían también presentarse en las relaciones de compartición de infraestructura del Proveedor Importante. Sin embargo, AZTECA menciona que el OSIPTEL parece no tomar en consideración que mientras las

²⁵ Norma aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD-OSIPTEL.

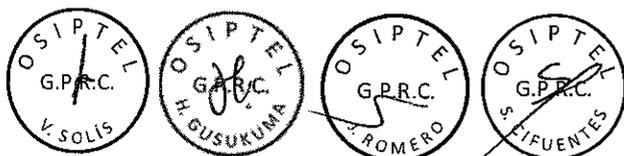


situaciones señaladas por AZTECA (plazos de despliegue de proyectos, áreas de concesión, universo de casos que se presentan, y las implicancias económicas de entregar cartas fianza) son verdad siempre para el Proyecto RDNFO, no son necesariamente una nota característica en otras situaciones de compartición de infraestructura.

Según AZTECA, ello evidencia que la solución propuesta por el OSIPTEL no fue sometida a las evaluaciones de pertinencia, y de costos y beneficios requeridas por el ordenamiento vigente para dotar de legitimidad a una determinada regulación; de lo contrario, el OSIPTEL no le hubiera impuesto la obligación de otorgar carta fianza a favor de REP y, con ello, a cualquier empresa eléctrica que lo solicite, más aún si hubiera tomado en consideración que el Proyecto RDNFO es un proyecto de telecomunicaciones sin precedentes en el Perú, que obliga a una sola empresa a contratar con empresas de energía eléctrica en todo el país y que, por tratarse de un proyecto de concesión a suma alzada, los ingresos de AZTECA, en su calidad de concesionaria de la RDNFO, están limitados a las Retribuciones por Inversión y por Mantenimiento y Operación (RPI y RPMO, respectivamente) que en su oportunidad fueron propuestas al Estado Peruano sin considerar –porque no ha sido previsto en la regulación vigente ni en los correspondientes estudios de factibilidad–, los costos derivados de mantener cartas fianza a favor de las decenas de empresas eléctricas con las que contrate por un periodo de 20 años.

Asimismo, AZTECA señala haber advertido una contradicción en el razonamiento empleado por el OSIPTEL para determinar su obligación de otorgar una carta fianza a favor de REP. Indica que el OSIPTEL menciona, por un lado, que las características particulares de la provisión de los servicios de AZTECA, es decir, del Proyecto RDNFO, no constituyen un limitante para el otorgamiento de cartas fianza, pero, por otro lado, tales circunstancias particulares fueron valoradas para reducir el monto equivalente de la carta fianza, de tres mensualidades según el Proyecto del Mandato, a una mensualidad, según el Mandato de Compartición. Así, el OSIPTEL ha indicado que la operación de los servicios concedidos a AZTECA, en base a una tarifa regulada, a un esquema de ingresos que forman parte de un fideicomiso y que se desarrolla en el marco de una asociación público-privada, justifican la reducción del monto de la carta fianza a una mensualidad.

En ese sentido, AZTECA observa que el OSIPTEL ha admitido que las particularidades del Proyecto RDNFO justifican la no aplicación a este caso de los mismos remedios regulatorios planteados para supuestos que, aunque parezcan similares –como la compartición de infraestructura con los Proveedores Importantes–, en verdad tienen diferencias significativas.



(ii) **El OSIPTEL no puede aplicar una disposición regulatoria de carácter general que no ha sido sometida a comentarios de los interesados:**

AZTECA sostiene que la obligación de otorgar carta fianza a favor de REP fue impuesta en base a lo establecido en el artículo 20 de las Disposiciones Complementarias^[26], lo cual constituye una vulneración flagrante al ordenamiento normativo que regula las funciones del propio OSIPTEL y, a través de ello, a los derechos de AZTECA.

Sostiene AZTECA que en atención al Principio de Transparencia que rige la actuación del OSIPTEL^[27] y al artículo 27 de su Reglamento General^[28], uno de los requisitos ineludibles para la aprobación de disposiciones regulatorias es que las mismas hayan sido pre-publicadas, a efectos que los interesados tengan la oportunidad de remitir sus comentarios y/o sugerencias. En cumplimiento de tal obligación, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2015-CD-OSIPTEL, el OSIPTEL publicó el “*Proyecto de Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición solicitados 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*”, a fin que los interesados presenten comentarios a un proyecto normativo que, únicamente, consideró la aplicación a los procedimientos de emisión de mandatos de compartición bajo la Ley N° 29904, de los artículos 27, 28 y 51 de las Disposiciones Complementarias, referidos a plazos en los que se deben llevar a cabo diferentes notificaciones dentro de los procedimientos de emisión de mandatos de compartición de infraestructura.

²⁶ “Artículo 20.- Garantías

En caso las partes no lleguen a establecer un acuerdo sobre el monto y las características de la garantía, el concesionario al cual se le solicitó la garantía, otorgará una carta fianza irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión, solidaria y de realización automática, emitida por una empresa autorizada y sujeta al ámbito de la Superintendencia de Banca y Seguros, por el valor de tres (3) meses de la contraprestación mensual, renovable cada seis (6) meses y de monto ajustable de acuerdo a la modificación del requerimiento de infraestructura utilizada.

El otorgamiento efectivo de la carta fianza en los términos anteriormente establecidos, constituye requisito indispensable para la suscripción del contrato de compartición.”

²⁷ Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

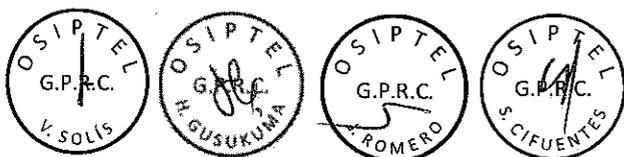
“Artículo 7.- Principio de Transparencia

Toda decisión de cualquier órgano funcional del OSIPTEL deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los administrados. Las decisiones del OSIPTEL serán debidamente motivadas y los proyectos de decisiones normativas y/o regulatorias serán además previamente publicadas para recibir opiniones del público en general. Se excluye de esta obligación aquellas decisiones que por su urgencia o necesidad, el Consejo Directivo determine que no queden sujetas al procedimiento de publicación previa. De ser pertinente, se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados.”

²⁸ Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

“Artículo 27.- Participación de los interesados

Constituye requisito para la aprobación de los Reglamentos, normas y disposiciones regulatorias de carácter general que dicte OSIPTEL, el que sus respectivos proyectos hayan sido publicados en el diario oficial El Peruano, con el fin de recibir las sugerencias o comentarios de los interesados. Se exceptúan de la presente norma los reglamentos considerados de urgencia, los que deberán, en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción.(...)”



AZTECA señala que los comentarios que formuló al referido proyecto normativo, estuvieron circunscritos únicamente a los efectos que los artículos 27, 28 y 51 de las Disposiciones Complementarias tendrían en la emisión del Mandato de Compartición del cual es parte; por ello, la disposición normativa finalmente aprobada, es decir, la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-CD/OSIPTEL –que regula el presente procedimiento- solamente hace referencia a las etapas y plazos procedimentales contenidos en los artículos 27, 28 y 51 de las Disposiciones Complementarias, excluyendo de su ámbito de aplicación las demás secciones de esta última, entre ellas la regulación contenida en el artículo 20 sobre otorgamiento de cartas fianza.

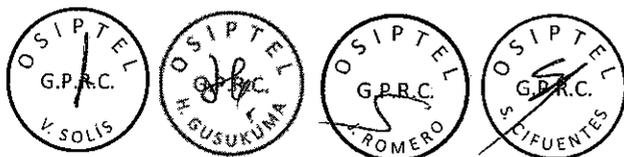
Menciona AZTECA que pretender emplear la disposición contenida en el artículo 20 de las Disposiciones Complementarias al presente Mandato de Compartición importaría la vulneración del Principio de Transparencia que rige al OSIPTEL y del artículo 20 de su Reglamento General, en tanto implicaría imponerle una obligación normativa que no tuvo oportunidad de comentar, pese a que las normas vigentes garantizan el derecho de los administrados a formular sugerencias o comentarios a los proyectos normativos emitidos por el OSIPTEL.

Agrega AZTECA que en virtud de Principio de Legalidad^[29], la actuación de las autoridades administrativas está limitada a las competencias que le han sido conferidas y de acuerdo a los fines para los que las mismas le fueron atribuidas. Asimismo, en virtud del Principio de Razonabilidad^[30], las disposiciones de las autoridades administrativas a través de las cuales se impongan obligaciones a los administrados deben ser adoptadas dentro de los límites de las facultades atribuidas. No obstante, según AZTECA, el OSIPTEL podría estar excediendo en este caso sus competencias al determinar una obligación que no ha sido prevista en el marco legal y regulatorio que rige los procedimientos de emisión de mandatos de compartición de infraestructura bajo la Ley N° 29904 y su Reglamento. Ninguno de esos instrumentos normativos, ni tampoco la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015/CD-OSIPTEL, emitida por el OSIPTEL para complementar las competencias que le fueron atribuidas para emitir mandatos de compartición de infraestructura, han previsto la facultad del regulador para imponer la obligación de otorgar cartas fianza que garanticen el pago oportuno de las contraprestaciones mensuales a las compañías eléctricas que provean el acceso a su infraestructura con el objetivo de desplegar sistemas de Banda Ancha.

AZTECA sostiene que lo indicado se hace incluso más evidente al reparar en la normativa que regula los otros supuestos para los que el OSIPTEL ha sido investido con facultades para establecer relaciones jurídicas en base a mandatos. En efecto, conforme a las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico vigente, el OSIPTEL puede emitir mandatos de interconexión bajo el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 134-2012-

²⁹ Cfr. con el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (la "LPAG").

³⁰ Cfr. con el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (la "LPAG").

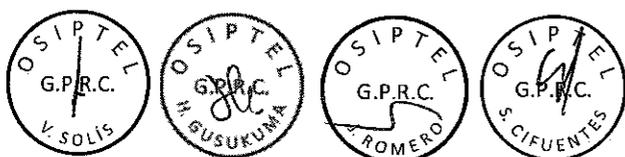


CD/OSIPTEL (TUO de Interconexión), y mandatos de compartición de infraestructura bajo el Decreto Legislativo N° 1019, la Ley N° 29285 -Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones-, y la Ley N° 29904. Sostiene AZTECA que en el literal b) del numeral 52.2 del TUO de Interconexión, se faculta de manera expresa al OSIPTEL a incluir en los mandatos de interconexión la obligación de otorgar cartas fianza que garanticen las obligaciones asumidas; el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1019 establece el derecho del Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones de solicitar garantías para asegurar el pago por el uso de su infraestructura (por ello el artículo 20 de las Disposiciones Complementarias regula el monto de la carta fianza); y en la Ley N° 28295 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, se establece la posibilidad del titular de la infraestructura de uso público de solicitar garantías por el acceso prestado.

No obstante, menciona AZTECA que las normas que rigen su relación de compartición de infraestructura, es decir la Ley N° 29904 o su Reglamento, no contienen previsiones relacionadas al otorgamiento de garantía a favor de quien concede acceso a su infraestructura, como en los casos descritos en el párrafo precedente. Menciona AZTECA que conforme a los Principios de Legalidad y de Razonabilidad, mientras que el OSIPTEL está legitimado a imponer vía mandatos la obligación de otorgar cartas fianza a quien solicita el acceso a una determinada infraestructura bajo el TUO de Interconexión, el Decreto Legislativo N° 1019 y la Ley N° 28295, carece de competencias para determinar vía mandato su obligación de otorgar carta fianza a favor de REP, porque el ordenamiento legal-regulatorio específico no lo ha previsto así. Concluye AZTECA que el OSIPTEL debe eliminar la referida exigencia del Mandato de Compartición, puesto que, de lo contrario, estaría vulnerando la normativa que rige sus propias competencias.

(iii) El otorgamiento de cartas fianza a otra empresa eléctrica fue en base a la libertad contractual de AZTECA.

AZTECA sostiene que en el literal B) del numeral 4.2.1.3 del Informe Sustentatorio – sobre el precio único por acceso y uso de infraestructura y las actividades de revisión de expedientes y supervisión de campo-, el OSIPTEL ha descartado los argumentos de REP para que AZTECA reconozca costos por revisión de expedientes y supervisión de trabajos de campo, en base a que se acordó el pago de tales conceptos a las empresas eléctricas bajo el ámbito del Fondo de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE. Menciona AZTECA que el OSIPTEL ha sustentado su decisión en el hecho que tales acuerdos son producto de la libertad contractual de AZTECA en un esquema de negociación supervisada, y que son oponibles solo entre las partes; en ese sentido, de tales concesiones efectuadas por AZTECA no se puede establecer una obligación de pago y un derecho de cobro, máxime si dicha obligación o derecho no tienen sustento en el marco normativo.



AZTECA sostiene que, sin embargo, en la decisión que impugna, el OSIPTEL ha sustentado su decisión de imponerle la obligación de otorgar carta fianza a favor de REP, en el hecho que ella ha accedido a otorgar carta fianza a favor de la empresa Consorcio Energético de Huancavelica S.A. (CONENHUA). Según AZTECA, dicho razonamiento del OSIPTEL contradice abiertamente el razonamiento expuesto para denegar la solicitud de REP para que AZTECA le reconozca el pago de expedientes y supervisión de campo solo porque lo reconocimos a las empresas del FONAFE.

AZTECA menciona que su decisión de otorgar una carta fianza a favor de CONENHUA fue adoptada en base al ejercicio legítimo de su libertad contractual, lo que no debe significar, bajo ningún punto de vista, que con ello acceda a otorgar el mismo beneficio a las demás empresas eléctricas con las que establezca relaciones jurídicas. Indica que tal decisión fue adoptada en virtud de las circunstancias especiales presentes durante las negociaciones entre AZTECA y CONENHUA, pues le permitió suscribir oportunamente el respectivo acuerdo de compartición a fin de cumplir el cronograma de entregas del Contrato de Concesión RDNFO (Primera Entrega).

No obstante, sostiene AZTECA que no guarda lógica ni consistencia regulatoria que una empresa que claramente se ha negado a alcanzar un acuerdo de manera oportuna con AZTECA, a través de exigencias contrarias al marco legal aplicable, sea “premiada” con la misma concesión otorgada a CONENHUA (carta fianza); sobre todo si se toma en cuenta que si bien el Mandato de Compartición permitirá a AZTECA acceder a la infraestructura de REP, esto ocurrirá, sin duda alguna, de manera retrasada. En ese orden, AZTECA indica que, empleando los mismos argumentos del OSIPTEL, éste no puede generar una obligación y un derecho en base a una decisión adoptada por AZTECA en ejercicio legítimo de su derecho fundamental a la libertad contractual. Para AZTECA, el OSIPTEL se encuentra en la obligación de emplear el mismo razonamiento para eliminar del Mandato de Compartición la exigencia de entregar carta fianza a favor de REP.

- (iv) El Informe de Operatividad a ser emitido por el OSIPTEL es un mecanismo efectivo de incentivos para asegurar el pago de las contraprestaciones mensuales a favor de REP.**

AZTECA señala que en sus comentarios al Proyecto de Mandato, mencionó que el OSIPTEL ya cuenta con un mecanismo para asegurar que AZTECA cumpla con pagar oportunamente las contraprestaciones mensuales por el acceso y uso de la infraestructura de REP, a través del Informe de Operatividad que debe emitir como requisito para que se encuentre habilitada para recibir el RPMO de parte del Estado peruano, lo que constituye una de las fuentes principales de financiamiento de sus actividades. No obstante, en el Mandato de Compartición el OSIPTEL indica que el Informe de Operatividad no es un mecanismo eficaz para garantizar el pago oportuno de las contraprestaciones mensuales a REP, toda vez que en el Contrato de Concesión no se establece que dicho informe sea vinculante para que el MTC efectúe los abonos trimestrales del RPMO.

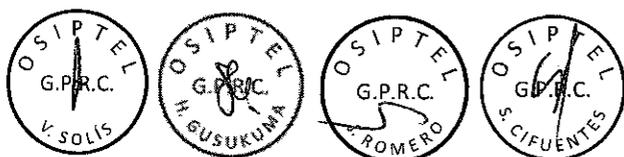


En ese sentido, AZTECA discrepa con la posición del OSIPTEL, puesto que la emisión del Informe de Operatividad sí constituye un elemento esencial e importantísimo para que AZTECA acceda a una de sus principales fuentes de financiamiento. Señala que en el artículo 32 de la Ley N° 29904 se sanciona que el OSIPTEL está a cargo de velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 13 de la misma Ley, el cual está referido a, entre otros, la obligación de AZTECA de pagar la contraprestación inicial y las contraprestaciones mensuales por el acceso y uso de la infraestructura provista por los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica o de hidrocarburos; siendo que lo mismo ha sido incluido en el artículo 33 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Según AZTECA, tal obligación fue regulada de manera más específica en el Contrato de Concesión RDNFO, en tanto el numeral 29.2 de la Cláusula 29, establece que los pagos trimestrales del RPMO –definido en el numeral 2.69 del Contrato de Concesión como el pago a favor del Concesionario que se realiza durante la Fase de Prestación del Servicio Portador- requerirán previamente de un Informe de Operatividad general del servicio de la RDNFO por parte del OSIPTEL. Para AZTECA, la operatividad de los servicios prestados con la RDNFO no sólo se vincula a la óptima prestación del Servicio Portador, Facilidades Complementarias y Prestaciones Adicionales autorizadas en el Contrato de Concesión, sino también al mantenimiento de los factores que hacen posible la prestación de dichos servicios; es decir, la evaluación de la operatividad del servicio también implica las gestiones del concesionario para evitar la puesta en riesgo de la continuidad en la prestación de los servicios concedidos. En ese sentido, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por AZTECA en cuanto a las relaciones de compartición de infraestructura que hacen posible la existencia de la RDNFO, constituye un elemento que OSIPTEL no podrá dejar de considerar al momento de elaborar el Informe de Operatividad indispensable para que el MTC realice los pagos oportunos del RPMO, que a su vez constituye uno de los principales medios de financiamiento de todo el Proyecto RDNFO y, por ende, de las actividades de AZTECA.

AZTECA advierte que el referido Informe de Operatividad es un mecanismo efectivo de control de, entre otros, el cumplimiento de sus obligaciones de pago oportuno de las contraprestaciones mensuales por acceso y uso de la infraestructura de titularidad de REP, ello debido a los altísimos incentivos que señala tener para que tal informe sea emitido en términos positivos, puesto que de él depende gran parte del financiamiento de sus actividades económicas y prestacionales. Asimismo, sostiene AZTECA que la utilización del Informe de Operatividad como medio para garantizar el pago de las contraprestaciones mensuales por acceso y uso de infraestructura eléctrica, evita el grave perjuicio a la operación de la RDNFO que implicaría la obligación de otorgar cartas fianzas a favor de todas las compañías titulares de la infraestructura que comparte que se las soliciten.

Menciona AZTECA que el OSIPTEL debe implementar los mecanismos de incentivos más efectivos para lograr los objetivos regulatorios deseados. Se busca que AZTECA



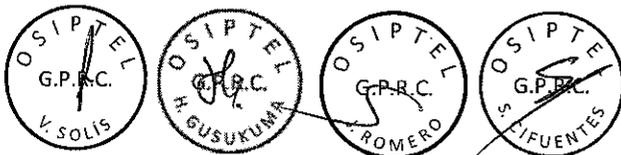
honre cabalmente sus compromisos de pago oportuno de las contraprestaciones mensuales a las que tiene derecho REP por conceder el acceso y utilización de su infraestructura. Sin embargo, señala AZTECA, la obligación de otorgar cartas fianza resulta ser un mecanismo menos efectivo que el Informe de Operatividad para generar los incentivos necesarios para que cumpla la referida obligación de manera oportuna. Conforme a las condiciones de esta obligación, contenidas en el Mandato de Compartición, en el supuesto negado que se ejecute la carta fianza por el incumplimiento de algún pago mensual, el OSIPTEL no cuenta con mecanismos para asegurar que AZTECA renueve oportunamente la mencionada carta fianza, más aún si, por tratarse de un servicio público de telecomunicaciones de gran interés para el desarrollo socioeconómico del país, REP no podría suspender el servicio prestado, pues ello implicaría descolgar los cables de fibra óptica instalados sobre su infraestructura, afectando con ello a todos sus usuarios, que son empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y, con ello, a un número sumamente superior de usuarios finales.

AZTECA señala que las deficiencias de garantía de las cartas fianza se ven superadas con la amenaza del OSIPTEL de emitir Informes de Operatividad negativos que pongan en riesgo el pago del RPMO por parte del MTC a favor de AZTECA. Menciona que cuenta con muchos incentivos para procurar que todos los Informes de Operatividad emitidos por el OSIPTEL contengan evaluaciones positivas de la forma en la que opera los servicios concedidos, toda vez que de ello depende, básicamente, el sustento y sostenimiento de sus actividades.

Según AZTECA, lo señalado por el OSIPTEL acerca de que el Informe de Operatividad no es vinculante para que el MTC efectúe los pagos oportunos del RPMO, carece de sustento legal y lógico, más aún si se toma en consideración que el RPMO retribuye, justamente, la operación y el mantenimiento de la RDNFO. En virtud del Contrato de Concesión RDNFO, el OSIPTEL es la entidad encargada de supervisar la prestación de los servicios concedidos a AZTECA; por ello, el Informe de Operatividad es un mecanismo mucho más efectivo para asegurar el cumplimiento de su obligación de pagar las contraprestaciones mensuales a favor de REP, y que genera menos perjuicios a AZTECA derivados de los costos en los que tendrían que incurrir para mantener cartas fianza durante 20 años (tiempo que dura la concesión).

(v) Alternativa propuesta por AZTECA:

AZTECA sostiene que el otorgamiento y mantención de cartas fianza constituye un costo no previsto por ella, porque no ha sido contemplado ni en la normativa vigente ni en su Contrato de Concesión. Ello le significa un perjuicio significativo, pues las cartas fianza tendrían que ser mantenidas durante toda la vigencia de las relaciones de compartición de infraestructura que AZTECA requiere establecer a fin de operar y mantener la RDNFO, es decir, 20 años. Por consiguiente, en caso el OSIPTEL decida mantener la obligación de AZTECA de otorgar carta fianza a favor de REP, en los términos



planteados en el Mandato de Compartición, solicita se considere la propuesta alternativa que a continuación se describe.

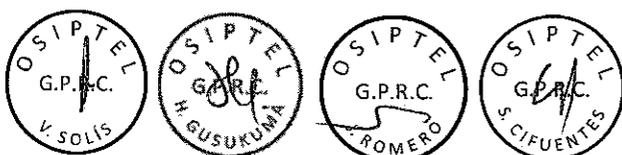
AZTECA, considerando que cuenta con altos incentivos para cumplir con todas sus obligaciones, especialmente aquellas que son indispensables para la operación de la RDNFO –como las referidas a las relaciones de compartición de infraestructura-, y siendo consciente de la necesidad de generar certeza de ello tanto en el OSIPTEL como en REP, propone que se incluya en el Mandato de Compartición una previsión señalando que la obligación de mantener carta fianza será levantada si luego de transcurridos 12 meses desde el pago de la primera mensualidad, se verificara que AZTECA ha cumplido puntualmente con pagar las contraprestaciones mensuales por acceso y uso de la infraestructura eléctrica de REP. Asimismo, para mayor certeza, propone que, si luego de levantada la obligación de contar con una carta fianza, AZTECA incumple con efectuar el pago de alguna retribución mensual, se reactivaría la obligación de otorgar una nueva carta fianza por un nuevo plazo de 12 meses, ello sin perjuicio de regularizar el pago omitido.

AZTECA señala que su propuesta permitirá al OSIPTEL y a REP corroborar la falta de necesidad de mantener una carta fianza que asegure el pago de las contraprestaciones mensuales, en razón que los costos de poner en riesgo la operación de la RDNFO –al incumplir con las obligaciones de AZTECA- son considerablemente superiores a los beneficios que se obtendrían al dejar de pagar tales mensualidades.

4.2. Comentarios de REP a los argumentos del recurso de reconsideración de AZTECA.

REP sostiene que el pedido de AZTECA es que se le retire la única garantía que ella tiene de que AZTECA cumplirá con el pago por el uso de su infraestructura, esto es la carta fianza equivalente a un mes de remuneración. Menciona que para AZTECA, existen diferencias entre los demás operadores de telecomunicaciones y el Proyecto RDNFO y por lo tanto, considera que tiene todos los derechos a su favor. A decir de REP, desgraciadamente ello se ve reflejado en el Mandato de Compartición, habiendo quedado únicamente para protección de REP, la referida carta fianza para que se asegure el cumplimiento de AZTECA en lo relacionado con el pago y ella pretende que hasta dicha garantía sea retirada, dejando a REP totalmente desprotegido, no solamente por los posibles daños que se le puedan ocasionar (multas, compensaciones, penalidades, etc.), sino también con relación al pago de las mensualidades.

Señala REP que el argumento de AZTECA es que si se le redujo la presentación de la carta fianza de tres mensualidades a una fue por las condiciones especiales del Proyecto RDNFO, por lo tanto la carta fianza de una mensualidad también debería desaparecer. REP considera lo contrario y es que para estar en sintonía con AZTECA, lo que debe hacer el OSIPTEL es restituir la carta fianza por los tres meses de remuneración como estaba anteriormente.



REP indica que AZTECA ha señalado que el OSIPTEL se está excediendo en su competencia al establecer la carta fianza; sin embargo, señala REP que tanto el OSIPTEL como el concesionario eléctrico consideran que la carta fianza es lo mínimo que se puede pedir para garantizar el pago.

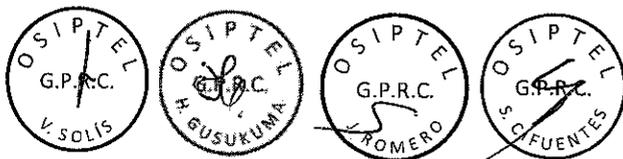
Asimismo, REP observa que AZTECA ha mencionado que el hecho de haber otorgado una carta fianza a la empresa CONENHUA, no lo obliga a entregar cartas fianzas a otras empresas pues llegó a ese acuerdo en mérito a su libertad contractual, y ese mismo argumento es utilizado para justificar el compromiso de pago por supervisión contenido en los contratos suscritos con las empresas del FONAFE y que sin embargo no quiso reconocer para REP. Respecto de lo cual, REP no puede dejar de preguntarse la razón de las diferencias entre las empresas con las que contrata.

Para REP, resulta ofensivo que AZTECA señale que otorgar una carta fianza sea premiar a una empresa que se ha negado a negociar. REP indica que ello es totalmente falso pues sí se han producido negociaciones que no llegaron a buen término por cuanto AZTECA no quiso reconocer a REP términos y condiciones que sí ha reconocido y ella misma lo señala a otras empresas.

REP menciona que, según ha señalado AZTECA y el mismo OSIPTEL, AZTECA tendría altos incentivos para cumplir con sus obligaciones (pago de posibles multas y penalidades), pero lo cierto, según REP, es que esos altos incentivos no benefician para nada a REP ya que cualquier multa será recibida por el regulador y no por REP.

Así también, REP sostiene que AZTECA utiliza el argumento de legalidad de acuerdo a su conveniencia, y cuando le conviene señala que el OSIPTEL ha excedido de su competencia pero, sin embargo, en sustitución de la carta fianza pretende que se controle el pago a REP a través del Informe de Operatividad y se incluya como requisito para su emisión el pago a REP. REP señala que ni en la normativa ni en el Contrato de Concesión RDNFO se señala dicho mecanismo, por lo que resultaría totalmente ilegal su implementación y es más, en nada beneficiaría a REP, pues no existe un mecanismo para que lo dejado de pagar por RPMO sea trasladado a REP.

REP objeta que AZTECA llegue al punto de afirmar que la carta fianza no es de utilidad porque si no paga no lo "pueden descolgar", empleando palabras que muestran la visión de AZTECA y es que, a decir de REP, ella se siente con la seguridad que aun cuando cometa cualquier infracción no lo pueden "descolgar". Concluye REP que el mismo argumento aplica para la otra alternativa planteada por AZTECA, que es la presentación de la carta fianza únicamente por los 12 primeros meses, siendo de igual forma dicho planteamiento ilegal.

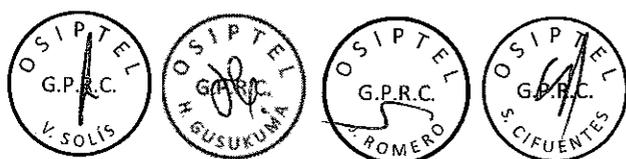


4.3. Posición del OSIPTEL.**(i) Sobre la necesidad de tomar en cuenta las características del Proyecto RDNFO:**

En relación a los comentarios de AZTECA, relativos a que el OSIPTEL debería tomar en cuenta las características del Proyecto RDNFO para establecer su obligación de garantizar el pago oportuno de las contraprestaciones a REP; se debe señalar lo siguiente:

- Según se ha mencionado en el numeral (i) del acápite 5.2 del Informe Sustentatorio, las características particulares de provisión de su servicio planteadas por AZTECA al comentar el Proyecto de Mandato (plazos de despliegue de proyectos, áreas de concesión, universo de casos que se presentan, y las implicancias económicas de entregar cartas fianza), no eran una limitante para que REP pueda tener certidumbre sobre el pago de las retribuciones a las que tiene derecho, y tampoco justificaban variar la existencia o el nivel de la garantía de pago oportuno. Sin embargo, en el Informe Sustentatorio se observó que existían otras características, distintas a las señaladas por AZTECA y no consideradas por ésta, que podrían condicionar el monto de la referida carta fianza.
- De esta manera, se observa que en el Informe Sustentatorio no se ha incurrido en la contradicción de razonamiento que menciona AZTECA, por cuando se señaló claramente la justificación de la variación del nivel de la garantía de pago oportuno planteado en el Proyecto de Mandato, siendo ésta que:
 - a) AZTECA se encuentra sujeta a regulación tarifaria, por lo que sus ingresos medios, y por consiguiente su margen operativo, están limitados a dicha regulación;
 - b) AZTECA no tiene grados de libertad para disponer respecto de sus ingresos, más que los liberados trimestralmente a través de un fideicomiso, y conforme la propuesta económica que planteó para adjudicarse el Proyecto RDNFO; y,
 - c) En virtud de la asociación público-privada en la que opera AZTECA, en caso los ingresos disponibles del trimestre respectivo no cubran el pago del RPI y RPMO ofertado por ella, el Estado Peruano tiene la obligación de otorgar y brindar los recursos necesarios para el cumplimiento de dichos pagos.

Por consiguiente, REP ve reducido el riesgo de una falta de pago por parte de AZTECA, dado que ésta tiene asegurado un flujo de ingreso a lo largo de la vida útil del proyecto (opera sin riesgo de mercado), y no tiene la libertad para disponer de sus ingresos por el esquema de pagos a través de un fideicomiso (opera con un riesgo muy bajo de gestión).



- De otro lado, AZTECA sostiene que el otorgamiento y mantención de cartas fianza constituye un costo no previsto por ella, porque no ha sido contemplado ni en la normativa vigente ni en su Contrato de Concesión. Sin embargo, al momento en que formuló su oferta al Estado Peruano para adjudicarse el Proyecto RDNFO, AZTECA sabía que, en virtud del artículo 32 de la Ley N° 29904, el OSIPTEL podía “dictar las disposiciones específicas que sean necesarias” para garantizar el cumplimiento del acceso y uso a la infraestructura eléctrica, completando de esta manera el sistema jurídico al cual se sujetarían las relaciones de compartición de infraestructura que pretendía establecer. Además, AZTECA era consciente que al adjudicarse el Contrato de Concesión RDNFO, se sometía a las Leyes Aplicables³¹, de las que ciertamente forma parte el Mandato de Compartición.

En consecuencia, para la emisión del Mandato de Compartición sí se consideraron las características del Proyecto RDNFO (distintas a las formuladas por AZTECA) a fin de determinar el nivel de la garantía por pago oportuno que permitiera: (i) garantizar eficazmente las obligaciones económicas de AZTECA, (ii) no generar costos innecesarios, y (iii) asegurar el derecho de REP de ver minimizado el riesgo de impago por el uso de su infraestructura.

(ii) Sobre la imposibilidad de aplicar una disposición regulatoria de carácter general que no ha sido sometida a comentarios de los interesados:

En relación al argumento de AZTECA que indica que el OSIPTEL habría aplicado para resolver su solicitud, una disposición regulatoria de carácter general que no ha sido sometida a comentarios de los interesados; se debe señalar lo siguiente:

- La justificación de la imposición de la obligación a AZTECA de otorgar la carta fianza en cuestión, ha sido mencionada en el numeral 4.2.3.3 del Informe N° 186-GPRC/2015, que sustentó el Proyecto de Mandato, así como en el numeral (i) del

³¹ Contrato de Concesión RDNFO:

“CLÁUSULA 2: DEFINICIONES

(...) Para los fines del Contrato, las Partes convienen que los términos que a continuación se señalan tendrán el siguiente significado: (...)

2.45 Leyes Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales que regulan o afectan directa o indirectamente el Contrato de Concesión. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los decretos supremos, los reglamentos, directivas y resoluciones, así como cualquier otra norma que conformen el ordenamiento jurídico de la República del Perú que resulte aplicable, las que serán de observancia obligatoria para las Partes.”

“CLÁUSULA 25: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

Son obligaciones del Concesionario las siguientes:

(...) 25.4 Prestar el Servicio Portador y las Facilidades Complementarias a través de los Bienes de la Concesión, conforme al Contrato y las Leyes Aplicables. En razón de lo anterior, el Concesionario no puede prestar servicios finales, ni arrendar, ceder en uso, vender o cualquier otro acto de disposición o afectación sobre los hilos de fibra óptica de la RDNFO.”



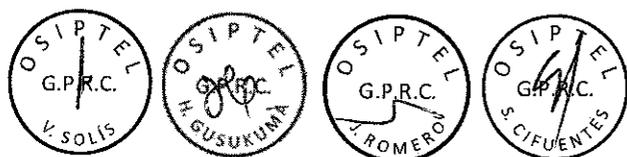
acápites 5.2 del Informe Sustentatorio. La citada obligación fue propuesta tomando como referencia el artículo 20 de las Disposiciones Complementarias; sin embargo, ni en el Proyecto de Mandato ni en el Mandato de Participación, se señala que la obligación referida se imponga por aplicación directa del referido artículo 20 a la relación de participación de infraestructura que se establecería entre REP y AZTECA.

- Por el contrario, en el Informe Sustentatorio se expuso la justificación de la citada obligación, señalando que uno de los principios fundamentales sobre los cuales se basan los pronunciamientos del OSIPTEL es el principio de no discriminación, a través del cual ante un mismo supuesto y/o circunstancia, debe recaer una misma obligación y/o derecho. Se señaló también que la obligación de emisión de una carta fianza que garantizaría el pago de las obligaciones económicas de AZTECA sobre REP, se justifica en la medida que es un derecho de REP el tener garantías sobre el pago de las retribuciones por sus servicios prestados. Asimismo, se mencionó que la carta fianza es un instrumento que se emplea habitualmente en cualquier tipo de industria en donde hay un agente que requiere un servicio y debe retribuir por éste, y otro agente que le provee el mismo y tiene el derecho de ser retribuido.
- Como lo ha indicado AZTECA en su recurso de reconsideración, diferentes marcos normativos que regulan el acceso a infraestructura y facilidades esenciales para el despliegue de redes de telecomunicaciones, reconocen el referido derecho a los titulares de la infraestructura/facilidad correspondiente, como es el caso de la Ley N° 28295, el Decreto Legislativo N° 1019, o el T.U.O. de Interconexión, normas ellas mencionadas por AZTECA. Ahora bien, en el caso del acceso y uso de la infraestructura dispuesto por la Ley N° 29904, no se observa situación objetiva alguna que justifique no reconocer dicho derecho al titular de la infraestructura a ser compartida. Por el contrario, la contraprestación por el uso de la infraestructura es considerada una de las condiciones primordiales de la relación de participación de infraestructura regulada por la Ley N° 29904, en virtud de lo dispuesto expresamente por la propia ley en su numeral 13.4, literal b. Siendo así, y en aplicación del principio de imparcialidad, por el cual los casos o situaciones de las mismas características deberán ser tratados de manera análoga³²; el titular de la infraestructura a ser compartida en el marco de la Ley N° 29904, tiene el derecho de contar con una garantía adecuada de cumplimiento oportuno de la condición legal antes referida (pago de la contraprestación periódica).

³² Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM:

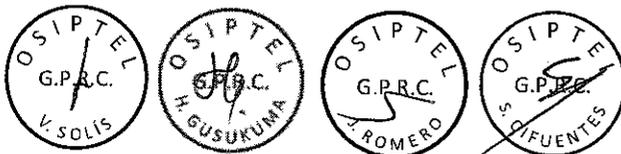
"Artículo 9.- Principio de Imparcialidad

El OSIPTEL ponderará con justicia e imparcialidad y con estricto apego, a las normas pertinentes, los intereses de las empresas operadoras de servicios y de los usuarios. Casos o situaciones de las mismas características deberán ser tratados de manera análoga."



- Asimismo, se debe aclarar que el marco legal que faculta al OSIPTEL a imponer la obligación en cuestión, ciertamente no es el artículo 20 de las Disposiciones Complementarias. Por el contrario, la base legal es el artículo 32 de la Ley N° 29904, concordado con el artículo 26, numeral 26.2, de su Reglamento. En efecto, al ser el OSIPTEL la entidad encargada de velar por el cumplimiento de la condición antes señalada del artículo 13.4, literal b., de la Ley N° 29904, y contando con la facultad legal de emitir las disposiciones específicas para asegurar dicho cumplimiento, ha considerado necesario que, conforme a lo expuesto en el numeral (i) del punto 4.3 del presente informe, se emita la carta fianza definida en el Mandato de Participación. En ese sentido, no cabe alegar incumplimiento alguno de los principios de legalidad ni razonabilidad, a los que ciertamente se encuentra sujeto y cumple el OSIPTEL.
- De otro lado, se debe señalar que la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-CD/OSIPTEL, mencionada por AZTECA, no tiene por objeto definir los obligaciones y derechos que asumirán entre sí las partes de una relación de participación de infraestructura que se establezca vía mandato. En modo distinto, el objeto de dicha norma es el que se señala expresamente en su artículo 1, que señala que dicho objeto es establecer únicamente normas de procedimiento para la emisión de los mandatos de participación que se soliciten en aplicación del artículo 25, numeral 25.3, del Reglamento de la Ley N° 29904. En modo distinto, el Mandato de Participación sí es una norma que define los referidos derechos y obligaciones, y éste ha sido emitido en conformidad con el marco legal señalado en párrafos precedentes.
- Adicionalmente, se debe señalar que el principio de transparencia que menciona AZTECA, ha sido cumplido con la aprobación y notificación oportuna del Proyecto de Mandato, que precisamente ha permitido a ambas partes comentar la decisión que pretendía adoptar el OSIPTEL al resolver la solicitud de emisión de mandato formulada por AZTECA. Se debe precisar, por otro lado, que el artículo 27 del Reglamento General del OSIPTEL mencionado por AZTECA, no resulta aplicable al presente caso, por cuanto en su alcance se encuentran los *“reglamentos, normas y disposiciones regulatorias de carácter general”*, y el Mandato de Participación, como bien sabe AZTECA, es una norma de carácter particular.

En consecuencia, la obligación de AZTECA de otorgar carta fianza a favor de REP ha sido impuesta en concordancia con el ordenamiento normativo que regula las funciones del OSIPTEL, por lo que deben desestimarse los argumentos expuestos por AZTECA sobre este punto.



(iii) Sobre el otorgamiento de cartas fianza a otra empresa eléctrica por parte de AZTECA y su libertad contractual:

Respecto al argumento de AZTECA que señala que OSIPTEL habría sustentado su decisión de imponerle la obligación de otorgar carta fianza a favor de REP, en el hecho que ella ha accedido a otorgar carta fianza a favor de la empresa CONENHUA; se debe señalar lo siguiente:

- La justificación de la obligación en cuestión, no ha sido la emisión de la carta fianza por parte de AZTECA a favor de CONENHUA. Por el contrario, la referida justificación es distinta y ha sido referida en párrafos precedentes, a los cuales nos remitimos.
- Cabe precisar que la mención a CONENHUA en el Informe Sustentatorio, ha sido efectuada para señalar que el supuesto perjuicio que AZTECA alega va a incurrir por hacer extensiva la obligación de emitir cartas fianzas a todos los concesionarios eléctricos, no se deriva de la emisión del presente Mandato de Compartición, sino del referido contrato con CONENHUA (suscrito con anterioridad).

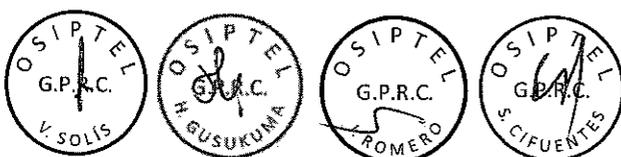
En ese sentido, terceros concesionarios eléctricos a los que AZTECA solicite el acceso y uso de su infraestructura, podrían solicitar una carta fianza similar a la del Mandato de Compartición, pero podrían también tomar como referencia la carta fianza del contrato celebrado por AZTECA con CONENHUA (equivalente a un mayor número de meses de retribución mensual), o inclusive podrían tomar otra referencia o simplemente no requerir la referida carta fianza. En cada caso, AZTECA bien podría aceptar o rechazar la pretensión de dicho tercero, siendo que el cumplimiento del principio de no discriminación, sería evaluado por el OSIPTEL en cada caso, ya sea mediante la supervisión del contrato respectivo, o al emitir el mandato que se le solicite.

En consecuencia, se deben desestimar los argumentos expuestos por AZTECA en relación al presente tema.

(iv) Sobre el Informe de Operatividad a ser emitido por el OSIPTEL como mecanismo de incentivos para asegurar el pago de las contraprestaciones mensuales a favor de REP:

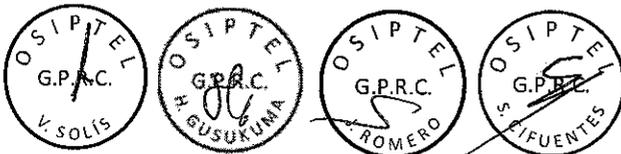
En relación al argumento de AZTECA relativo a que el informe de operatividad a ser emitido por el OSIPTEL es un mecanismo efectivo de incentivos para asegurar el pago de las contraprestaciones mensuales a favor de REP; se debe mencionar lo siguiente:

- En el numeral (i) del acápite 5.2 del Informe Sustentatorio, se ha indicado que la propuesta de AZTECA de condicionar el pago del RPMO a un informe favorable del OSIPTEL que esté en función a si AZTECA ha cumplido con realizar los pagos



a REP, no resulta eficaz ni garantiza el derecho de REP, o cualquier otro concesionario, de recibir sus retribuciones mensuales. Ello, debido a que el Contrato de Concesión RDNFO, dispone que los pagos trimestrales del RPMO a AZTECA requerirán previamente un informe de operatividad general del servicio de la RDNFO por parte del OSIPTEL, pero el propio Contrato de Concesión no establece que dicho informe sea vinculante para dicho pago o que, en particular, la falta de pago de la retribución mensual a los titulares de la infraestructura de soporte, sea un supuesto que, entre todas las obligaciones de AZTECA; sea lo suficientemente ponderado como para impedir que se apruebe el pago del RPMO.

- Ahora bien, contrariamente a lo referido por AZTECA, el cumplimiento de las obligaciones de AZTECA vinculadas a sus relaciones de compartición de infraestructura, así como su impacto en la provisión del Servicio Portador y otros servicios, ciertamente será evaluado por el OSIPTEL al elaborar el Informe de Operatividad que se señala en el numeral 29.2 de la Cláusula 29 del Contrato de Concesión RDNFO. Sin embargo, el referido informe evaluará también las múltiples obligaciones a las que se encuentra sujeta AZTECA (p.ej. frente al Estado, a sus usuarios, y a sus proveedores), con lo cual se incrementa el riesgo de que el cumplimiento de algunas obligaciones de AZTECA, no cuenten con la conformidad del OSIPTEL, lo que podría –según lo defina el MTC- comprometer o diferir el pago del RPMO. Esta eventualidad reafirma la necesidad de mantener el numeral 20.4 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición, en tanto en virtud de éste, REP recibirá la contraprestación mensual que se le debe en todos los casos, incluso frente a escenarios de no pago oportuno del RPMO a AZTECA por haber obtenido opiniones desfavorables del OSIPTEL, en la evaluación de alguna o varias obligaciones, se encuentren éstas vinculadas o no, al pago de las contraprestaciones mensuales a los titulares de la infraestructura de soporte.
- AZTECA señala tener altos incentivos para obtener pronunciamientos favorables del OSIPTEL en sus Informes de Operatividad, lo cual es probable. Sin embargo, el incentivo del deudor para cumplir con su obligación, debe ser contrastado y ponderado con el interés legítimo del acreedor de tener garantizado el cumplimiento oportuno de la obligación que se le debe. La carta fianza establecida en el Mandato de Compartición atiende principalmente a este último interés, sin dejar de considerar criterios de proporcionalidad y razonabilidad al definir el nivel de la garantía que debe otorgar AZTECA como deudor de la obligación (mínimo monto de garantía).
- En el supuesto que se ejecute la carta fianza por el incumplimiento de algún pago mensual, y a diferencia de lo señalado por AZTECA, se considera que el OSIPTEL sí cuenta con mecanismos para asegurar que AZTECA renueve oportunamente la mencionada carta fianza, tales como:



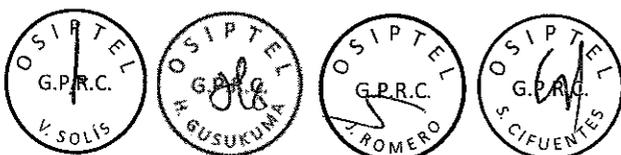
- a) La sanción que se impondría a AZTECA por haber cometido una infracción tipificada como grave, por no renovar la carta fianza oportunamente e incumplir así con el Mandato de Compartición.
 - b) La posibilidad de emitir normas de alcance general y decisiones administrativas que corrijan cualquier conducta perjudicial para el desarrollo sostenible del mercado de telecomunicaciones –con posibles efectos anticompetitivos–, como sería el aprovechamiento por parte de cualquier operador de telecomunicaciones, de la infraestructura de soporte sin asumir la retribución respectiva.
 - c) La evaluación que realizará el OSIPTEL del cumplimiento de sus mandatos por parte de AZTECA, en el marco del numeral 7.3.2 de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión RDNFO, esto es, para la renovación de dicha concesión de AZTECA.
 - d) La posibilidad de plantear a las instancias competentes del Poder Ejecutivo, y a través de éste al Congreso de la República, la necesidad de emitir medidas normativas que resulten necesarias para el asegurar el cumplimiento de la Ley N° 29904 (en particular, su artículo 13).
- No obstante, se debe precisar que las referidas potenciales medidas que, entre otras, podría adoptar el OSIPTEL, no sustituyen en el corto plazo a la obligación impuesta por el Mandato de Compartición para que AZTECA emita la carta fianza en cuestión; por el contrario, dichas medidas pueden complementarla para fortalecer la satisfacción del derecho de REP –así como de cualquier otro titular de infraestructura- de recibir la contraprestación mensual que le es debida.

En consecuencia, de la evaluación de los argumentos expuestos por AZTECA en el apartado respectivo de su recurso de reconsideración, se ratifica que se debe mantener la obligación de AZTECA de garantizar el pago de la contraprestación mensual a REP, a través de una carta fianza, según lo establece el numeral 20.4 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición.

(v) Sobre la alternativa propuesta por AZTECA:

Con relación a la propuesta alternativa de AZTECA, relativa a disponer que se levante la carta fianza luego de transcurridos 12 meses y si es que se ha verificado el pago oportuno, y la obligación de reactivarla si se incumple alguna retribución mensual; se debe señalar lo siguiente:

- Si bien AZTECA puede tener altos incentivos para cumplir con todas sus obligaciones, dichos incentivos por sí solos no garantizan que en efecto vaya a cumplir en los hechos con todas sus obligaciones, en tiempo oportuno y conforme a las expectativas del titular del derecho correlativo a la obligación



correspondiente. En efecto, pueden concurrir diversos factores que lleven a AZTECA a incumplir algunas de sus obligaciones, aun cuando su voluntad no sea tal. Por ello, resulta adecuado que, con independencia del modo u oportunidad en que AZTECA actuará para cumplir su obligación de pago de la contraprestación mensual, REP, como titular del derecho correlativo, cuente con la garantía de que mensualmente recibirá la contraprestación a la que tiene derecho, incluso si AZTECA –aún actuando sin dolo-, no cumpla directamente con la misma.

- Adicionalmente, y en el marco del principio de análisis de decisiones funcionales^[33], para adoptar una medida como la planteada por AZTECA, el OSIPTEL debería evaluar información suficiente del comportamiento general y previo de los pagos de dicho concesionario, en el universo de sus relaciones de compartición de infraestructura. Sin embargo, a la fecha, AZTECA cuenta con solo algo más de un (1) año en el mercado (desde la fecha de la suscripción del Contrato de Concesión RDNFO) y todavía se encuentra definiendo las referidas relaciones de compartición, por lo que la información relevante que podría encontrarse disponible para evaluar la propuesta, es aún bastante limitada. Dada la falta de información, adoptar una medida como la propuesta, expondría a REP al riesgo de no recibir oportunamente el pago de una contraprestación mensual a partir del mes 13, lo cual, según se ha señalado en párrafos precedentes, debe evitarse pues la contraprestación periódica (mensual) es una de las condiciones primordiales, definida legalmente, para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica que servirá de soporte para las redes de banda ancha.

Por consiguiente, se debe desestimar la propuesta alternativa de AZTECA y, por el contrario, confirmar el numeral 20.4 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición.

(vi) Sobre los comentarios de REP a los argumentos del recurso de reconsideración de AZTECA:

Respecto de los comentarios que REP ha formulado sobre el recurso de reconsideración de AZTECA; se debe mencionar lo siguiente:

- REP se opone a lo señalado por AZTECA en su recurso de reconsideración para sustentar la eliminación del numeral 20.4 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición y, además, plantea que se restituya la carta fianza por tres meses como se había considerado en el Proyecto de Mandato. Respecto de lo cual, nos remitimos a lo señalado en los numerales precedentes del presente acápite, en el que se justifica la necesidad de mantener la carta fianza en cuestión.

³³ Cfr. con el artículo 13 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.



- Asimismo, y según se señaló en el Informe Sustentatorio (numeral (i) del acápite 5.2), la justificación de fijar el nivel de la carta fianza en el equivalente a un mes de contraprestación, obedece a que el ciclo de facturación de la retribución periódica es mensual calendario, de tal forma que ante la emisión de la respectiva factura de REP y ante la potencial falta de pago de AZTECA, REP tiene el derecho de ejecutar la garantía correspondiente al citado mes, una vez la deuda haya devenido en exigible. Asimismo, ante un contexto de falta de pago, en el supuesto en que REP ejecute la garantía por un determinado mes, AZTECA tiene la obligación de renovar la misma por un monto equivalente a un mes de renta mensual y en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles. En dicho escenario, la carta fianza renovada, por tanto, se deberá encontrar disponible en caso el mes siguiente se produzca una nueva omisión al pago por parte de AZTECA. De esta manera, REP no se verá perjudicada ya que contará siempre con una carta fianza que corresponde, en estricto, a la deuda impaga, y no se generará costos innecesarios a AZTECA, más que los necesarios para asegurar la condición primordial del uso de la infraestructura de soporte, esto es, pagar la retribución periódica respectiva.

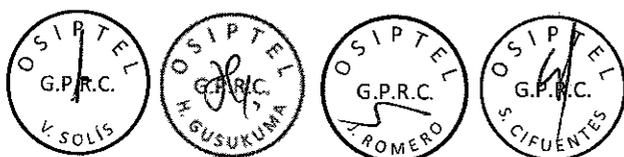
Finalmente, en tanto se infiere de lo señalado por REP, que considera encontrarse desprotegida de los daños que AZTECA le pueda ocasionar por multas, compensaciones, o penalidades; se debe reiterar que el numeral 20.3 de las Condiciones Generales del Mandato de Participación, confiere protección a REP, mediante una póliza de seguro que AZTECA se encuentra obligada a mantener vigente, respecto de los *“los daños, pérdidas o lesiones que pudieren sobrevenir a REP, por las multas, penalidades, daños y/o perjuicios que le sean asignados a REP por causas imputables a AZTECA durante el despliegue de la RDNFO, por las entidades fiscalizadoras del sector energético.”*

Así también, en el numeral 12.1, literal h) de las Condiciones Generales del Mandato de Participación, se establece que *“AZTECA mantendrá indemne a REP de toda responsabilidad, costo, daño, gasto procedimiento administrativo, judicial o arbitral (incluyendo gastos y honorarios por servicios legales) relacionados con cualquier reclamo y/o juicios iniciado por terceros en contra de REP por causas que sean imputables a AZTECA.”*

Por consiguiente, lo señalado por REP respecto de la supuesta desprotección en la que se encontraría, es incorrecto, Para mayor abundamiento sobre este punto, nos remitimos al numeral (vi) del acápite 3.3 del presente informe.

(vi) Conclusión sobre el recurso de reconsideración de AZTECA:

En atención a la evaluación realizada en el presente informe, se concluye que debe desestimarse el recurso de reconsideración interpuesto por AZTECA y, en consecuencia, confirmar lo establecido en el numeral 20.4 de las Condiciones Generales del Mandato de Participación.



5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Realizada la evaluación de los recursos de reconsideración formulados por REP y AZTECA, se presentan las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. Los cuestionamientos de REP al Mandato de Compartición que plantea en su recurso de reconsideración, deben ser desestimados por las consideraciones expuestas en el acápite 3 del presente informe. En consecuencia, se recomienda declarar infundado el referido recurso y confirmar la resolución impugnada.
2. Los cuestionamientos de AZTECA al numeral 20.4 de las Condiciones Generales del Mandato de Compartición que se plantean en su recurso de reconsideración, deben ser desestimados por las consideraciones expuestas en el acápite 4 del presente informe. En consecuencia, se recomienda declarar infundado el recurso interpuesto por AZTECA y ratificar el extremo respectivo de la resolución impugnada.

