

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



“INFORME JURIDICO SOBRE LA RESOLUCIÓN N°
00026-2020-TSC/OSIPTEL”

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Paul Frank Ramírez Vergara

ASESOR:

Janeyri Elizabeth Boyer Carrera


Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, JANEYRI ELIZABETH BOYER CARRERA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Informe Jurídico sobre la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL**”, del autor PAUL FRANK RAMÍREZ VERGARA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/09/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 09 de septiembre del 2025

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> BOYER CARRERA, JANEYRI ELIZABETH	
DNI: 09915266	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0603-3172	

RESUMEN

El presente informe analiza la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL, mediante la cual, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL resolvió la controversia entre Azteca Comunicaciones y Enel Distribución Perú respecto a la aplicación del parámetro “Na” en la metodología prevista en el Reglamento de la Ley N° 29904 – Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. En dicho pronunciamiento, el Tribunal estableció que el valor de “Na” debía ser tres (3), tomando como sustento informes técnicos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, criterio que fue declarado precedente administrativo de observancia obligatoria.

El problema central se orienta a determinar en qué medida esta interpretación vinculante constituye una actuación legítima a la luz de los principios de legalidad, jerarquía normativa, verdad material, seguridad jurídica, buena fe y legítima expectativa contractual.

Se concluye que, si bien el Tribunal actuó dentro de su competencia al interpretar la fórmula metodológica para salvaguardar el interés público, la aplicación del criterio sobre “Na” también a contratos en ejecución afectó la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima de las partes. En consecuencia, el criterio adoptado debió aplicarse únicamente hacia el futuro (ex nunc).

Palabras clave

Precedente administrativo, seguridad jurídica, regulación de telecomunicaciones, OSIPTEL, verdad material

ABSTRACT

This report analyzes Resolution No. 026-2020-TSC/OSIPTEL, through which the Dispute Resolution Tribunal of OSIPTEL settled the controversy between Azteca Comunicaciones and Enel Distribución Perú regarding the application of the parameter “Na” in the tariff formula established in the Regulations of Law No. 29904 – Law for the Promotion of Broadband and Construction of the National Fiber Optic Backbone

Network. In this decision, the Tribunal determined that the value of “Na” should be three (3), a criterion declared as binding administrative precedent.

The central issue is to determine to what extent this binding interpretation constitutes a legitimate action in light of the principles of legality, normative hierarchy, material truth, legal certainty, good faith, and legitimate contractual expectations.

The analysis relies on instruments such as Law No. 29904 and its Regulations approved by Supreme Decree No. 014-2013-MTC, the Consolidated Text of the General Administrative Procedure Law (Law No. 27444), the Framework Law on Regulatory Agencies (Law No. 27332), as well as technical reports issued by the Ministry of Transport and Communications that supported the design of the tariff methodology.

It is concluded that, although the Tribunal acted within its competence by interpreting the tariff formula to safeguard the public interest and ensure the purpose of the regulatory model, applying the criterion on “Na” also to contracts already in force affected legal certainty, good faith, and the legitimate expectations of the parties. Therefore, the decision should have applied only prospectively (*ex nunc*), respecting contractual agreements entered into under the interpretation in force at the time of their conclusion.

Keywords

Administrative precedent, legal certainty, telecommunications regulation, OSIPTEL, material truth

ÍNDICE

Contenido

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2 Presentación del caso y del análisis	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	6
2.1 Antecedentes	6
2.2 Hechos relevantes del caso	9
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	18
3.1 Problema principal	18
3.2 Problemas secundarios.....	18
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO	19
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	19
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	21
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	22
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	34
BIBLIOGRAFÍA	35
ANEXOS	37

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	<ul style="list-style-type: none">▪ Derecho Administrativo▪ Derecho de las Telecomunicaciones▪ Derecho Procesal Administrativo
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	<ul style="list-style-type: none">▪ Resolución 033-2020-CCO/OSIPTEL▪ Resolución Ministerial N°338-2013-MTC/03▪ Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03
DENUNCIANTE	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C
DENUNCIADO	Enel Distribución Perú S.A.A.
INSTANCIA ADMINISTRATIVA	Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL
TERCEROS	Ministerio de Transportes y Comunicaciones



I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La elección de la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTTEL como objeto de estudio en este informe obedece a su trascendencia jurídica, académica y práctica en el ámbito del Derecho Administrativo, el Derecho Procesal Administrativo y el Derecho de las Telecomunicaciones.

En primer lugar, la resolución seleccionada reviste especial interés doctrinario al abordar temas de creciente atención en la jurisprudencia administrativa nacional, tales como: la tensión entre interpretaciones literales e integrales de las normas; el valor interpretativo de informes técnicos no vinculantes emitidos por entidades sectoriales; y la protección del interés público en el marco de servicios esenciales como las telecomunicaciones.

Desde una perspectiva normativa, el caso constituye un escenario idóneo para analizar la correcta aplicación del marco regulatorio sobre acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica, conforme a la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica – Ley N° 29904 (en adelante, Ley de Banda Ancha) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, el Reglamento). De manera particular, la controversia gira en torno a la aplicación de la metodología tarifaria prevista en el Anexo 1 del Reglamento, denominada: *“Metodología para la determinación de las contraprestaciones por el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos”* (en adelante, la Metodología).

La Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTTEL, declarada de observancia obligatoria, reviste importancia no solo porque fija un criterio uniforme respecto a la interpretación del parámetro “Na” previsto en la Metodología, sino también porque plantea un problema jurídico de fondo: al establecer que dicho valor debía ser igual a tres (3), el Tribunal de Solución de Controversias incidió directamente en las condiciones pactadas en el Contrato de Compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante AZTECA) y Enel Distribución Perú S.A.C (en adelante ENEL). Ello genera

interrogantes sobre los límites de la potestad interpretativa de un órgano resolutorio, la observancia del principio de verdad material, de legalidad y el respeto a la intangibilidad contractual, considerando que un precedente de este tipo puede proyectar efectos generales sobre relaciones previamente ejecutadas bajo la interpretación vigente.

Un aspecto adicional que refuerza la relevancia del caso es la problemática generada en torno a los contratos de compartición suscritos entre operadores de telecomunicaciones y concesionarias eléctricas bajo el marco de la Ley de Banda Ancha. Entre 2011 y 2017 se firmaron más de treinta contratos de compartición, la mayoría en 2017, cuando la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante RDNFO) inició operaciones. Sin embargo, a partir de 2018, OSIPTEL emitió un número creciente de mandatos de compartición que, en varios casos, no se limitaron a suplir la ausencia de acuerdos, sino que modificaron contratos ya celebrados, reduciendo la contraprestación originalmente pactada. Esta situación puso en evidencia tensiones respecto a los límites de la potestad interpretativa y resolutoria del OSIPTEL, así como su impacto en la seguridad jurídica y en la confianza legítima de los agentes económicos involucrados (Quiroga & Roca, 2021, pp. 162-165).

Finalmente, el análisis de este caso ofrece un marco propicio para reflexionar sobre el rol de los organismos reguladores como garantes del equilibrio entre el interés público y los derechos de los administrados, contribuyendo a una visión crítica y fundamentada de su función dentro del Estado regulador.

1.2 Presentación del caso y del análisis

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

En el año 2012 se promulgó la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, la cual, tiene como objetivo impulsar el desarrollo y la masificación del acceso a la banda ancha en todo el territorio nacional, por lo cual, esta norma declara de necesidad

pública e interés nacional la construcción de una red que integre todas las capitales de provincia, con la finalidad de facilitar la conectividad.

El Reglamento de la Ley de Banda Ancha, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, establece las condiciones técnicas, económicas y legales para la construcción, operación y mantenimiento de la RDNFO, y define el rol del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) como ente rector en su implementación.

En las referidas normas se reconoce al Contrato de Compartición de Infraestructura como uno de los mecanismos centrales para el despliegue de la RDNFO, al facultar que los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones accedan a la infraestructura existente de las empresas del sector eléctrico y de hidrocarburos, con el objetivo de viabilizar la expansión de redes de telecomunicaciones. Asimismo, dichas disposiciones establecen que el acceso y uso de esta infraestructura constituyen un asunto de interés público y nacional, en la medida en que revisten un carácter estratégico para garantizar la conectividad y promover la integración digital en todo el territorio.

Así, los concesionarios pueden utilizar esta infraestructura del sector eléctrico e hidrocarburos, a cambio de un pago inicial y pagos periódicos, cuya determinación se realiza según una metodología establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

En cuanto a los pagos periódicos, en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, se establece la metodología, en los siguientes términos:

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

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

Donde:

B = 1 / Na Donde

Na: número de arrendatarios

De la revisión de la metodología se observa que la norma únicamente precisa que la variable “**B**” corresponde al factor de distribución de costos entre los arrendatarios. Respecto del denominador “**Na**”, este es definido de manera genérica como el “número de arrendatarios”, sin que exista disposición que determine de forma expresa si dicho valor debe entenderse como uno (1), tres (3) u otro número distinto. Esta ausencia de precisión normativa genera un vacío interpretativo que se convierte en el eje de la controversia analizada, pues abre la posibilidad de atribuir distintos alcances a la fórmula tarifaria.

En este marco, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha prevé que los operadores de telecomunicaciones y las empresas titulares de infraestructura puedan negociar libremente las condiciones de acceso y uso mediante la suscripción de contratos de compartición, considerando que el resultado de la metodología constituye un precio máximo. No obstante, ante la falta de consenso, la normativa faculta al OSIPTEL a intervenir, mediante la emisión de un mandato de compartición, a fin de garantizar el acceso a la infraestructura y la continuidad del servicio público.

En este contexto, el 17 de junio de 2014, el Estado peruano celebra el contrato de concesión con la empresa AZTECA, formalizado mediante la Resolución Ministerial N° 343-2014-MTC/03. Dicho contrato comprendía el diseño, financiamiento, despliegue, operación y mantenimiento de la RDNFO, cuya implementación se desarrollaría en fases.

Posteriormente, el 9 de noviembre de 2015, la empresa concesionaria AZTECA y ENEL, celebraron el “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica” (en adelante, Contrato de Compartición), mediante el cual se autorizó a AZTECA a utilizar la infraestructura eléctrica de ENEL para el despliegue de la RDNFO. En dicho contrato se estableció una vigencia mínima de tres (3) años, asimismo, se estableció como uno (1) el valor de Na, en función al número efectivo de arrendatarios, así como la posibilidad de modificar la retribución únicamente en caso de producirse “nuevas condiciones legales” y una vez transcurrido el referido plazo.

No obstante, sin que hubiera transcurrido aún el plazo mínimo de tres (3) años estipulado en el contrato, el 5 de octubre de 2017 la empresa AZTECA presentó ante el OSIPTEL una Solicitud de Mandato de Compartición, al amparo de lo previsto en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha¹, con el propósito de obtener la reducción del monto de la retribución mensual.

En atención a ello, mediante Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de marzo de 2018, el OSIPTEL, a través de su Consejo Directivo emitió el Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y ENEL. En dicha resolución, se dispuso no solo la reducción de la retribución mensual —al fijarse expresamente que el valor del parámetro “Na” debía ser igual a tres (3)—, sino también la reducción del plazo mínimo de vigencia originalmente previsto en el contrato. Estas disposiciones implicaron una alteración sustancial de las condiciones contractuales pactadas por las partes, lo que constituye el núcleo de los cuestionamientos analizados en el presente informe.

En ese contexto, considerando que el Mandato de Compartición tiene efectos sólo desde su emisión, no es retroactivo; y que AZTECA venía abonando a ENEL, desde el inicio del Contrato de Compartición, un monto mensual tres veces superior al establecido posteriormente en dicho Mandato, la empresa presentó un recurso de reclamación ante OSIPTEL, a fin de que se conforme un Cuerpo Colegiado Ad Hoc encargado de tramitar y resolver la controversia.

2.2 Hechos relevantes del caso

POSICION DE LA RECLAMANTE AZTECA EN LA PRIMERA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

AZTECA formuló como **pretensión principal** que se declare que la contraprestación periódica estipulada en el Contrato de Compartición excedía la retribución máxima por uso compartido de infraestructura prevista” en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, debido a una

¹ Numeral 25.3 del Art. 25 del Reglamento de la Ley N° 29904

aplicación incorrecta del denominador "Na" en la metodología establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Según lo sostenido por la reclamante, dicho parámetro debía considerarse con un valor de tres (3) y no de uno (1), como se aplicó en el contrato cuestionado.

Como **pretensión accesoria a la primera pretensión principal**, AZTECA requiere que se ordene a ENEL la devolución de los pagos realizados en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición, los cuales ascendían a la suma de US\$595,126.93.

De otro lado, como **segunda pretensión principal**, requirió que se declare la inaplicabilidad del primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, en el extremo que establecía una vigencia mínima de tres (3) años para la contraprestación pactada en la relación de compartición con ENEL. En otras palabras, AZTECA sostuvo que dicha disposición no debía ser exigible, considerando que el contrato fue suscrito el 9 de noviembre de 2015 y que el referido plazo mínimo vencía recién el 9 de noviembre de 2018. No obstante, el 5 de octubre de 2017, antes de cumplirse dicho periodo, AZTECA presentó ante el OSIPTEL una Solicitud de Mandato de Compartición con el propósito de obtener la reducción de la retribución, lo que derivó en la emisión de la Resolución N.º 063-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 8 de marzo de 2018. Esta decisión del regulador, que dispuso la reducción del monto de la contraprestación y la fijación del valor del parámetro "Na" en tres (3), implicó en los hechos una alteración del plazo de estabilidad económica establecido en el contrato.

En cuanto al fundamento de su posición respecto al denominador "Na", AZTECA argumentó que, si bien la fórmula establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha no precisa qué debe entenderse por el número de arrendatarios ("Na"), de la lectura integral de la metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento y de los antecedentes de su aprobación, se desprende que el valor del denominador "Na" se fijó considerando la posibilidad de que la infraestructura eléctrica soporte hasta tres (3) cables de fibra óptica, que podrían ser utilizados por tres (3) operadores de telecomunicaciones. Por lo tanto, para AZTECA, el valor de "Na" siempre debió ser tres (3), independientemente del número real de arrendatarios.

En ese sentido, AZTECA sostiene que debe considerarse el razonamiento económico que sustenta la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha, conforme se desarrolla en el Informe N° 292-2017-MTC/26, en el cual se evidencia que el valor del denominador “Na” fue concebido, desde su origen, como igual a tres (3). En la misma línea argumentativa, AZTECA cita el Informe N° 251-2013-MTC/26, que, según afirma, confirma que el valor correcto de dicho parámetro es tres (3).

Asimismo, hace referencia al Oficio N° 520-2017-MTC/03, mediante el cual, el Viceministerio de Comunicaciones del MTC reconoció expresamente que el valor de “Na” debía considerarse igual a tres (3).

Finalmente, sostiene que dicha interpretación ha quedado claramente ratificada en el Mandato de Compartición emitido por el Consejo Directivo, en el que se modifica el Contrato de Compartición y se concluye expresamente que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3).

De otro lado, AZTECA sostiene que, si bien la cláusula cuarta del Contrato de Compartición establece una vigencia mínima de tres (3) años respecto a la contraprestación periódica que debía pagar a ENEL, dicha disposición contraviene lo establecido en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento. Ello debido a que dichas normas reconocen expresamente la posibilidad de modificación de los valores de las variables contempladas en la metodología que determina la contraprestación máxima legalmente exigible, y consagran, además, el respeto del principio de no discriminación.

Por ello, pactar contractualmente una vigencia mínima para la contraprestación supone una vulneración de dicho principio, en tanto que, ante un cambio normativo, como efectivamente ocurrió, se generaría un trato diferenciado respecto de otros operadores que sí podrían beneficiarse de la nueva contraprestación mensual aplicable.

POSICION DE LA RECLAMADA “ENEL” EN LA PRIMERA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

ENEL cuestiona la competencia del Cuerpo Colegiado Ad Hoc (en adelante CCO) de OSIPTEL, argumentando que dicha competencia corresponde a un tribunal arbitral, toda vez que, el Contrato de Compartición contiene una cláusula arbitral sin excepción alguna.

La posición de ENEL se centra en defender la aplicación que realizó de la Metodología para el de cálculo de la contraprestación y la validez de las cláusulas del Contrato de Compartición.

Asimismo, respecto a la determinación del valor del denominador "Na", ENEL sostuvo lo siguiente:

- En el Contrato de Compartición las partes acordaron fijar el valor del denominador "Na" en uno (1), en aplicación del marco normativo vigente al momento de la suscripción del referido contrato; motivo por el cual, ENEL facturó a AZTECA sobre la base que el denominador "Na" corresponde al número efectivo de arrendatarios existentes en las infraestructuras eléctricas. En virtud de dicho criterio, se asignó un valor de uno (1) al denominador, considerando que únicamente existía un arrendatario utilizando la infraestructura.
- La metodología prevista en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha no precisa ni define qué debe entenderse por número de arrendatarios para el denominador "Na", solo se define expresamente que es igual al número de arrendatarios.
- Señalan que ni la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, ni el Mandato de Compartición pueden modificar el Contrato de Compartición suscrito de buena fe entre ENEL y AZTECA.
- Refieren que si bien la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 modificó los valores de las variables "m" y "f" de la metodología, mantuvo sin cambios el tratamiento del denominador "Na", de acuerdo con el número efectivo de arrendatarios. No obstante, en caso se hubiera dado la modificación de la definición de Na, esto solo podría tener eficacia hacia adelante.

- Invocan la seguridad jurídica de los contratos y sostiene que el valor del denominador "Na" fue fijado en uno (1) en el Contrato de Participación, en atención al marco normativo vigente al momento de su suscripción.
- Manifiesta que los Informes N° 292-2017-MTC/26 y N° 251-2013-MTC/26 del MTC, en los cuales AZTECA sustenta su posición, carecen de valor normativo, no fueron publicados oficialmente, no constituyen exposición de motivos, y, además, no establecen de manera expresa que el valor del denominador "Na" sea igual a tres (3).

En relación con la vigencia mínima de tres (3) años establecida en la Cláusula Cuarta del Contrato de Participación, la posición de ENEL fue defender la exigibilidad de dicha cláusula, argumentando que formaba parte del acuerdo contractual libremente suscrito con AZTECA, invocando la seguridad jurídica de los contratos.

PRONUNCIAMIENTO DE LA PRIMERA INSTANCIA ADMINISTRATIVA DEL CCO - RESOLUCION N° 033-2020-CCO/OSIPTEL

La Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL, se pronunció en los siguientes términos:

- La metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha no establece un valor único para el denominador "Na". Motivo por el cual, no existe impedimento para pactar libremente el valor de "Na" a través del contrato de participación, siempre que se respete el precio tope establecido en la Metodología.
- Los Informes N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26 solo desarrollan la variable "f", partiendo del supuesto de hasta tres arrendatarios por infraestructura, sin vincular dicha variable con el denominador "Na" ni atribuirle un valor fijo. Es decir, en los referidos informes no se determina que el valor de "Na" deba ser tres (3).
- La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, que modifica la variable "f", no modifica ni interpreta el valor de "Na".

- Se verificó que, en 291 estructuras eléctricas, AZTECA no era el único arrendatario, por lo que no correspondía aplicar un valor de uno (1) a “Na” en esos casos, sino el número real de arrendatarios.
- No corresponde la aplicación retroactiva de los valores fijados en el Mandato de Compartición —específicamente, el parámetro “Na” igual a tres (3)— respecto del período anterior a su emisión, por cuanto tales disposiciones carecían de vigencia al momento de la celebración del contrato, resultando jurídicamente exigibles únicamente a partir de su entrada en vigor.

En consecuencia, el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL fue el siguiente:

- Se declaró fundada en parte la primera pretensión principal presentada por AZTECA, al determinarse que la contraprestación fijada en el contrato excedía el tope permitido debido a la incorrecta aplicación del valor de “Na”.
- Se declaró fundada la pretensión accesoria relativa a la devolución de US\$12,345.67 por pagos en exceso en 291 estructuras, desde la firma del contrato hasta la emisión del Mandato de Compartición.
- Se declaró infundada la pretensión accesoria respecto a la devolución por pagos en exceso en 4,030 estructuras, correspondientes a facturaciones entre julio de 2016 y julio de 2017.
- Se declaró fundada la segunda pretensión principal, al concluirse que la cláusula contractual que imponía una vigencia mínima de tres (3) años para la contraprestación no era exigible en este caso.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION PRESENTADA POR “AZTECA” CONTRA LA RESOLUCION N° 033-2020-CCO/OSIPTEL

AZTECA solicita la revocación de la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL en el extremo que declaró fundada en parte su reclamación.

Respecto al valor del denominador “Na” en la metodología, AZTECA manifiesta que siempre debió ser tres (3), independientemente del número efectivo de arrendatarios utilizando la infraestructura de ENEL. Argumenta, que la Metodología, al establecer la fórmula para la contraprestación,

consideró la capacidad de la infraestructura eléctrica para soportar hasta tres (3) cables de fibra óptica, lo que implica que el costo incremental de la estructura eléctrica se dimensionó en función de tres posibles arrendatarios. Por lo tanto, la aplicación de un valor de uno (1) por parte de ENEL resultaba incorrecta y generaba un cobro en exceso.

Por ello, AZTECA sostiene que esta interpretación del valor de "Na" se encontraba implícita en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. También argumentó, basándose en el Informe N° 292-2017-MTC/26 del MTC, que el valor del denominador "Na" de la Metodología, siempre fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios.

Asimismo, como pretensión accesoria a esta primera pretensión principal, AZTECA solicitó la devolución del monto pagado en exceso desde la suscripción del Contrato de Participación. Inicialmente, solicitó la devolución de US\$595,126.934

En Resumen, AZTECA buscaba que el Tribunal de Solución de Controversias (TSC) revocara la decisión del CCO que solo había declarado fundada en parte su primera pretensión y su pretensión accesoria respecto a una cantidad limitada de estructuras (291) y que había declarado fundada su segunda pretensión sobre la vigencia mínima. AZTECA insistía en que su reclamación debía ser declarada fundada en todos sus extremos, lo que implicaba que se reconociera el valor de "Na" igual a tres (3) para todas las infraestructuras y se ordenara la devolución total del monto pagado en exceso.

FUNDAMENTOS EXPUESTOS POR "ENEL" EN LA ETAPA DE APELACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN N.º 033-2020-CCO/OSIPTEL

Los argumentos sostenidos por ENEL al absolver la apelación interpuesta por AZTECA se estructuran en los siguientes aspectos:

- Manifiesta que se aplicó el principio de legalidad en el Contrato de Participación, toda vez que, todo lo acordado se circunscribe en cumplimiento de la Ley de Banda Ancha, y su Reglamento.

- Sostiene que, en el presente expediente se efectuó un análisis más detallado del Informe N° 292-2017-MTC/26, así como de los Oficios N° 520-2017-MTC/03 y N° 579-2017-MTC/26. Desde su perspectiva, dichos documentos evidenciarían que el MTC no había establecido un valor fijo de tres (3) para el denominador 'Na' desde la emisión del Reglamento.
- Sustenta que el valor del denominador "Na" corresponde al número efectivo de arrendatarios. Con ello, ENEL había estado facturando a AZTECA considerando un "Na" igual a uno (1).
- Argumenta que el Informe N° 251-2013-MTC/26, invocados por AZTECA para sustentar su interpretación respecto del valor de 'Na', carecían de fuerza legal, no resultaban vinculantes ni podían ser oponibles en el procedimiento.

En conclusión, en la apelación ENEL defiende la legalidad y validez de la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición, argumentando que se basaba en la normativa vigente y en una interpretación del denominador "Na" como el número efectivo de arrendatarios.

PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS – RESOLUCION TSC N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL

El Tribunal de Solución de Controversias revocó la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado. En consecuencia, declaró fundada la primera pretensión principal formulada por AZTECA, consistente en que se reconociera que la contraprestación establecida en el Contrato de Compartición excedía la retribución máxima permitida por el uso compartido de infraestructura, debido a la aplicación incorrecta del denominador 'Na' en la metodología correspondiente.

Asimismo, se declaró fundada en parte la pretensión accesoria vinculada a la primera pretensión principal, referida a la restitución de los montos pagados en exceso. En tal sentido, se ordenó a ENEL devolver a favor de AZTECA la suma de un millón ochocientos cuarenta y tres mil ciento cuatro con 38/100 soles (S/ 1,843,104.38), correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica derivada del acceso y uso de infraestructura eléctrica durante el periodo materia de reclamación.

Finalmente, el TSC estableció que la resolución constituye un Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria respecto de la aplicación del denominador 'Na' en la fórmula de la Metodología. En tal sentido, precisó que dicho parámetro no puede limitarse a la definición literal del número de arrendatarios, sino que debe interpretarse en su dimensión integral como parte del modelo regulatorio, **fijando su valor en tres (3) desde la formulación inicial del Reglamento de la Ley de Banda Ancha**. Este criterio se sustentó en que los costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica fueron calculados considerando el despliegue de tres (3) cables de fibra óptica por tres (3) operadores

HECHOS PROCESALES

A continuación, se detalla de forma cronológica los hechos procesales:

- El 23 de agosto de 2018, AZTECA interpuso reclamación contra ENEL ante el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL, cuestionando la contraprestación exigida desde el inicio del Contrato de Compartición.
- El 4 de octubre de 2018, ENEL absolvió la reclamación, deduciendo la excepción de convenio arbitral y solicitando la suspensión del procedimiento.
- El 29 de mayo de 2019, mediante la Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTEL, el CCO declaró infundada la excepción de convenio arbitral y la solicitud de suspensión del procedimiento solicitado por ENEL.
- El 21 de julio de 2020, el CCO emitió la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL, la cual, declaró fundada en parte la primera pretensión principal de AZTECA, fundada en parte la pretensión accesoria respecto de 291 estructuras e infundada respecto de 4,030 estructuras, y fundada la segunda pretensión principal sobre la vigencia mínima de la contraprestación.
- El 11 de agosto de 2020, AZTECA interpuso el recurso de apelación contra la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL en el extremo que declaró fundada en parte su reclamación, solicitando que se declare fundada en todos sus extremos.

- El 18 de setiembre de 2020, ENEL presentó su escrito de absolución del recurso de apelación de AZTECA y adjuntó un Informe de Experto como pericia de parte, solicitando una audiencia de pruebas.
- El 4 de diciembre de 2020, el Tribunal emitió la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL, la cual revocó la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL en el extremo impugnado, declarando FUNDADA la primera pretensión principal y FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria de AZTECA, y ordenó a ENEL la devolución de S/1,843,104.38. Esta resolución constituyó Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿Cuáles son los alcances y límites del precedente administrativo establecido por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL respecto del valor del parámetro “Na” en la metodología tarifaria del Reglamento de la Ley N° 29904, a la luz del principio de legalidad, la jerarquía normativa, verdad material y la atribución de competencias en el sector de telecomunicaciones?

3.2 Problemas secundarios

Problema Secundario 1

¿Se afecta el principio de seguridad jurídica, buena fe y legítima expectativa contractual, al modificarse el criterio interpretativo sobre el valor de “Na” durante la vigencia mínima del Contrato de Compartición pactada entre AZTECA y ENEL?

Problema Secundario 2

¿En qué medida el precedente del TSC de OSIPTEL transformó la aplicación de la metodología del D.S. N° 014-2013-MTC y ejerció funciones regulatorias sin competencia normativa expresa, al establecer una interpretación con efectos normativos?

Problema Secundario 3

¿La aplicación del valor del denominador "Na" en el Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA, y su evaluación por OSIPTEL, se ajusta a la finalidad pública del modelo regulatorio en materia de infraestructura de telecomunicaciones?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Problema Principal

¿Cuáles son los alcances y límites del precedente administrativo establecido por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL respecto del valor del parámetro "Na" en la metodología tarifaria del Reglamento de la Ley N° 29904, a la luz del principio de legalidad, la jerarquía normativa, verdad material y la atribución de competencias en el sector de telecomunicaciones?

Desde mi posición, considero que el precedente administrativo emitido por el Tribunal de OSIPTEL respecto al valor del parámetro "Na" alcanza a garantizar uniformidad y predictibilidad en la resolución de controversias, conforme a la LPAG y a la normativa sectorial. Si bien su límite está en el principio de legalidad y en la jerarquía normativa, estimo que la aplicación del principio de verdad material por el Tribunal fue adecuada, pues permitió interpretar la metodología de manera coherente con su fundamento técnico y con la finalidad pública de la Ley de Banda Ancha. En esa medida,

comparto la decisión del Tribunal de privilegiar el interés público y la equidad regulatoria frente a interpretaciones meramente literalistas o formalistas.

Problema Secundario 1

¿Se afecta el principio de seguridad jurídica, buena fe y legítima expectativa contractual, al modificarse el criterio interpretativo sobre el valor de “Na” durante la vigencia mínima del Contrato de Compartición pactada entre AZTECA y ENEL?

En mi opinión, la modificación del criterio interpretativo sobre el valor de “Na” durante la vigencia mínima del Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL sí afectó el principio de seguridad jurídica, la buena fe y la legítima expectativa contractual. Si bien considero correcto que el valor de “Na” debía ser tres (3), conforme al sustento técnico del Reglamento, la aplicación de este criterio con eficacia anticipada vulneró la estabilidad y previsibilidad de las condiciones pactadas, alterando pagos ya devengados y desconociendo la confianza legítima generada en torno al contrato supervisado por el propio OSIPTEL. En esa medida, la interpretación del Tribunal debió aplicarse ex nunc, esto es, únicamente hacia el futuro, sin afectar obligaciones contractuales asumidas de buena fe bajo la interpretación entonces vigente.

Problema Secundario 2

¿En qué medida el precedente del TSC de OSIPTEL transformó la aplicación de la metodología del D.S. N° 014-2013-MTC y ejerció funciones regulatorias sin competencia normativa expresa, al establecer una interpretación con efectos normativos?

Considero que el precedente establecido por el TSC en la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL no implicó un ejercicio de funciones regulatorias sin competencia normativa, sino el legítimo uso de su facultad resolutoria. Si bien su interpretación del parámetro “Na” generó efectos normativos prácticos al uniformizar su aplicación, ello no constituyó una modificación de la metodología —atribución reservada al MTC en el caso bajo análisis—, sino la precisión de un contenido normativo ambiguo mediante criterios

técnicos y jurídicos. El Tribunal actuó dentro de su competencia al resolver la controversia sobre la base de los informes del MTC y de una interpretación coherente con la finalidad de la Ley N° 29904.

Problema Secundario 3

¿La aplicación del valor del denominador "Na" en el Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA, y su evaluación por OSIPTEL, se ajusta a la finalidad pública del modelo regulatorio en materia de infraestructura de telecomunicaciones?

Considero que la aplicación del valor del denominador "Na" en el Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA, tal como fue evaluada por el Tribunal, sí se ajusta a la finalidad pública del modelo regulatorio en materia de infraestructura de telecomunicaciones. La corrección de "Na" a tres (3) evitó cobros que excedían el precio máximo regulado y garantizó que el acceso a infraestructura esencial se orientara al interés general. No obstante, estimo que la eficacia anticipada de este criterio afectó la seguridad jurídica y la legítima expectativa contractual de las partes. En consecuencia, la interpretación del TSC debió aplicarse únicamente ex nunc, conciliando la finalidad pública de la regulación con la estabilidad y previsibilidad de las relaciones contractuales.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro a favor de lo resuelto por el Tribunal en la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL, pues la interpretación de "Na = 3" garantizó la finalidad pública del modelo regulatorio y evitó cobros indebidos contrarios al interés general. Sin embargo, la principal crítica a esta decisión radica en que el criterio se aplicó también respecto de una relación contractual ya en ejecución, lo que pudo afectar la seguridad jurídica y la legítima expectativa de las partes; por ello, sus efectos debieron proyectarse únicamente hacia el futuro.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema principal:

¿Cuáles son los alcances y límites del precedente administrativo establecido por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL respecto del valor del parámetro “Na” en la metodología tarifaria del Reglamento de la Ley N° 29904, a la luz del principio de legalidad, la jerarquía normativa, verdad material y la atribución de competencias en el sector de telecomunicaciones?

El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG). En particular, el numeral 2.8 del artículo V del Título Preliminar reconoce que las entidades pueden establecer criterios interpretativos con carácter vinculante mediante precedentes administrativos de observancia obligatoria; mientras que el artículo VI del mismo Título Preliminar dispone que estos precedentes deben ser aprobados mediante resoluciones debidamente motivadas y publicadas en el diario oficial. En el caso del OSIPTEL, esta potestad se encuentra reforzada en su normativa sectorial: en el Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, que atribuye al Tribunal de Solución de Controversias (TSC) la competencia para declarar que una resolución constituye precedente de observancia obligatoria; así como en el Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD- OSIPTEL, que establece que dichos precedentes deben ser expresamente declarados y publicados en el diario oficial *El Peruano*, garantizando su aplicación uniforme en casos futuros.

Desde un enfoque doctrinario, el precedente administrativo puede definirse como una fuente del derecho administrativo, mediante la cual, la Administración Pública establece criterios vinculantes para resolver casos futuros con supuestos de hecho idénticos, en ejercicio de su potestad discrecional. Esta vinculación solo admite excepciones cuando existan razones justificadas de interés general que sustenten su apartamiento (Cairampoma Arroyo, 2014, p. 489). A diferencia de la costumbre, los usos

o las prácticas administrativas, el precedente tiene carácter vinculante, lo que permite a la Administración optar por una línea de actuación concreta, de forma coherente y previsible, fortaleciendo así la seguridad jurídica (Ortiz Díaz, 2015, p. 98).

En ese sentido, los precedentes administrativos de observancia obligatoria se encuentran sustentados en una serie de principios que buscan garantizar una actuación coherente, equitativa y previsible por parte de la Administración Pública. Entre los principios más relevantes se destacan el de predictibilidad, igualdad ante la ley, seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y coherencia institucional. Con lo cual, se impone a la Administración la obligación de resolver casos similares de manera uniforme, evitando decisiones contradictorias que puedan afectar la confianza legítima de los administrados. En consecuencia, el uso de precedentes no solo limita el margen de discrecionalidad, sino que también consolida una gestión pública más transparente, objetiva y responsable (Cairampoma Arroyo, 2014, pp. 500–503).

En el sector de las telecomunicaciones, los precedentes administrativos tienen una especial relevancia, así el OSIPTEL, como se indicó anteriormente, está facultado para declarar que una resolución emitida por su Tribunal de Solución de Controversias, constituye un precedente de observancia obligatoria, conforme a lo previsto en su Reglamento de Organización y Funciones. Con lo cual, se busca asegurar la aplicación uniforme de criterios técnicos y jurídicos frente a casos similares, garantizando la coherencia institucional, la predictibilidad en las decisiones y la seguridad jurídica para los administrados.

Por otro lado, **el principio de legalidad**, recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establece que toda actuación administrativa debe sustentarse en normas válidas, vigentes y emitidas por el órgano competente. Como explica Molina Dimitrijevič (2001), este principio implica que la actuación de la Administración, cuyo fundamento es la protección del interés general, encuentra como límite el marco legal establecido, sin poder exceder los parámetros funcionales y normativos que rigen su actuación, en estricto respeto a la jerarquía normativa (pp. 260–261). En tal sentido, se erige como el eje fundamental de la actividad administrativa en un Estado

de Derecho. Este principio, consagrado en el artículo 2, inciso 24.a de la Constitución Política del Perú, que dispone que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, asegura que los actos administrativos no desborden las competencias legalmente conferidas ni afecten derechos fundamentales. Su primacía se refleja en la Ley N° 27444, que lo reconoce como el primero de los principios del procedimiento administrativo, reafirmando su rol central en la actuación estatal (Molina Dimitrijevič, 2001, pp. 261–262).

En el caso objeto de análisis, se entiende que el Tribunal, al resolver una controversia en el marco de un procedimiento de reclamación, debe regirse por el principio de legalidad. Por ello, no resultaría válido sustentar una decisión en interpretaciones de documentos o informes que carecen de fuerza normativa. Así lo argumentaron ENEL y el Cuerpo Colegiado en la resolución de primera instancia administrativa.

A su vez, el principio de jerarquía normativa constituye uno de los pilares esenciales del ordenamiento jurídico, al establecer que las normas se organizan en un sistema escalonado que otorga prevalencia a aquellas de mayor rango sobre las de inferior jerarquía. Este principio exige que las disposiciones normativas y los actos administrativos se adecúen siempre a las normas superiores, garantizando la coherencia del sistema, su unidad y la supremacía constitucional. En consecuencia, ninguna norma o decisión administrativa puede contradecir lo dispuesto por normas de jerarquía superior, como la Constitución o la ley. Desde la doctrina, Eduardo García de Enterría sostiene que:

“El principio de jerarquía normativa es expresión de un Estado de Derecho, en el cual toda potestad normativa encuentra su límite en el respeto a normas de rango superior, particularmente la Constitución y la ley. Su vulneración implica una quiebra del orden jurídico y un acto arbitrario de poder” (García de Enterría & Fernández, 2000, p. 174).

En el caso en estudio, se advierte una posible vulneración de este principio cuando el Tribunal de OSIPTEL se basa en informes no vinculantes para fijar el valor del denominador “Na” en tres (3), pese a que ni la Ley de Banda Ancha ni su Reglamento lo disponen expresamente. Tal actuación desatiende lo establecido en normas de mayor jerarquía, además de invadir

la competencia exclusiva del MTC para modificar los parámetros de la metodología, conforme se dispone en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

Ahora bien, al considerar el **principio de verdad material**, previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del TUO de la Ley N° 27444, se impone que la Administración funde sus decisiones en la realidad de los hechos, más allá de las afirmaciones o pruebas formales presentadas por las partes. En particular, en los procedimientos administrativos trilaterales, donde existe un conflicto entre particulares y la Administración actúa como árbitro imparcial, este principio adquiere matices específicos: si bien la carga de la prueba recae principalmente en las partes, la autoridad tiene la facultad —e incluso la obligación— de verificar por todos los medios disponibles los hechos alegados, en especial cuando su decisión compromete el interés público.

Como sostiene Jiménez Murillo (2011), el principio de verdad material en los procedimientos trilaterales no solo constituye una facultad, sino una obligación ineludible de la Administración cuando su intervención resulta necesaria para proteger el interés público frente a posibles abusos privados.

En tales escenarios, la autoridad no puede limitarse a ser una espectadora pasiva ni a una mera aplicadora de contratos privados, sino que debe garantizar que el desenlace del procedimiento se ajuste al marco normativo y a los fines públicos que justifican la regulación sectorial. Solo de este modo se evita que las decisiones descansen exclusivamente en la voluntad contractual o en interpretaciones parciales de la norma, dejando desprotegido el principio de equidad regulatoria que orienta servicios de interés público como las telecomunicaciones (pp. 199–206).

Esto fue precisamente lo que sucedió en la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL, en la que el Tribunal, al resolver la disputa entre AZTECA y ENEL, no se ciñó a una interpretación literal del Reglamento. En su lugar, realizó un análisis técnico de mayor alcance, sustentado en documentos que sirvieron como respaldo normativo a la fórmula metodológica establecida en el Anexo del Reglamento, tales como los Informes N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26, a partir de los cuales, concluyó que la metodología había sido diseñada sobre la base de tres operadores arrendatarios. La doctrina especializada reconoce que los informes técnicos o administrativos

emitidos por entidades estatales, incluso si provienen del ente rector del sector, carecen de valor normativo vinculante si no han sido emitidos con ese fin. Tal como se desarrolla en el artículo *Los informes administrativos como actos de instrucción del procedimiento*, publicado en la *Revista de Administración Pública*, González Navarro (1966) manifiesta que estos informes constituyen declaraciones de juicio sin efectos normativos, cuyo fin es aportar información técnica o jurídica al expediente, pero que no generan derechos ni obligaciones por sí mismos (pp. 32-33).

No obstante, los informes técnicos cumplen la función de documentos preparatorios y explicativos del contenido del Reglamento. Así, el Informe N° 251-2013-MTC/26 fue el sustento técnico-económico de la metodología incorporada en el Anexo 1 del Reglamento (D.S. N.° 014-2013-MTC). Allí se estableció que el cálculo del factor de costos por operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica (f) consideraba como premisa la existencia de hasta tres (3) cables de fibra óptica instalados en torres y postes. En consecuencia, el valor del denominador “Na” debía ser también igual a tres para lograr coherencia en la distribución de los costos. Posteriormente, el Informe N° 292-2017-MTC/26, que sustentó la Resolución Viceministerial N.° 768-2017-MTC/03, ratificó la misma lógica económica, indicando que “para determinar el nuevo valor de la variable f se mantendrá consistencia con lo previsto en la metodología, asumiendo la existencia de tres (3) arrendatarios por criterio de peso y espacio”. En este sentido, aunque los informes no crean derecho, sí revelan la *ratio legis* y la premisa técnico-económica que dio origen al Reglamento.

El Tribunal, al resolver la controversia, debía determinar si la contraprestación pactada en el contrato de compartición (Na = 1) se ajustaba al precio máximo legal regulado. Ante la falta de precisión en el Reglamento respecto al valor de Na, el Tribunal optó por interpretar la metodología en función de su fundamento técnico-económico, recurriendo a los informes del MTC.

De esta manera, invocando el principio de verdad material y privilegiando la protección del interés público en la regulación de las telecomunicaciones, determinó que el valor del denominador “Na” debía ser tres (3), y no uno (1), como se sostenía en el Contrato de Compartición. Esta decisión permitió

corregir un cobro indebido y garantizar que la contraprestación pagada por AZTECA se ajustara a los parámetros regulatorios.

En consecuencia, este caso evidencia que, en contextos donde se regula el acceso a infraestructura esencial, el principio de verdad material puede y debe prevalecer sobre otros principios, como la predictibilidad o la confianza legítima, cuando el interés público y la justicia regulatoria así lo demandan.

En suma, el análisis del caso permite advertir la tensión entre los principios de legalidad y jerarquía normativa, que exigen decisiones ajustadas a la ley y respetuosas del ordenamiento, y el principio de verdad material, que obliga a la Administración a garantizar que sus decisiones reflejen la realidad fáctica y protejan el interés público. La Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL evidencia cómo, en contextos regulatorios complejos como el de las telecomunicaciones, el principio de verdad material puede justificar la adopción de criterios interpretativos que aseguren la finalidad del modelo normativo y la equidad regulatoria. En este sentido, el precedente analizado constituye un ejemplo paradigmático de cómo la Administración debe armonizar los principios que rigen su actuación, evitando excesos normativos o formalistas y priorizando siempre la satisfacción del interés general.

Problema Secundario 1

¿Se afecta el principio de seguridad jurídica, buena fe y legítima expectativa contractual, al modificarse el criterio interpretativo sobre el valor de “Na” durante la vigencia mínima del Contrato de Compartición pactada entre AZTECA y ENEL?

La modificación del criterio interpretativo sobre el valor de “Na” durante la vigencia mínima del Contrato de Compartición suscrito entre AZTECA y ENEL constituye una vulneración tanto del principio de seguridad jurídica como de la legítima expectativa contractual de las partes.

De acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores, se ha concluido que el valor de “Na” debía fijarse en tres (3), atendiendo al sustento técnico que dio origen al Reglamento. En ese extremo, concordamos en que el

precedente administrativo se encuentra correctamente analizado. No obstante, corresponde examinar si la modificación del criterio relativo al valor de “Na”, que las partes habían convenido en el Contrato de Compartición sobre la base de una lectura literal del Reglamento, afecta la seguridad jurídica, la buena fe y la legítima expectativa contractual. En otras palabras, si la determinación del valor de “Na” debe incidir en la contraprestación efectuada a favor de ENEL respecto de pagos ya devengados.

El principio de seguridad jurídica, reconocido como uno de los pilares del Estado constitucional de derecho, exige que las normas y las actuaciones de los poderes públicos sean claras, previsibles y estables, a fin de que los ciudadanos puedan orientar su conducta con base en ellas. Así lo precisó el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00016-2002-AI/TC, al señalar que “la seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad” (fundamento jurídico 3).

En el ámbito de la contratación regulada, y particularmente en la implementación de políticas públicas como la RDNFO, este principio se proyecta en la exigencia de estabilidad de las condiciones pactadas. Sin embargo, la interpretación posterior del Tribunal (Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTTEL), que otorgó eficacia anticipada al valor de “Na = 3”, alteró de manera sustancial las condiciones económicas de la relación contractual desde la firma del Contrato de Compartición, el 9 de noviembre de 2015, hasta la emisión del Mandato de Compartición, el 8 de marzo de 2018, sin que mediara un procedimiento normativo formal. Ello vulneró la certeza y previsibilidad que exige el principio de seguridad jurídica.

Más aún, de acuerdo con el numeral 25.2 del artículo 25 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el contrato de acceso y uso de infraestructura debía remitirse al OSIPTTEL en un plazo de cinco (5) días desde su firma para efectos de supervisión, lo cual efectivamente se cumplió en este caso. Resulta entonces cuestionable que, tiempo después, a solicitud de AZTECA, se emita un Mandato de Compartición que modifica de manera sustancial el valor de la contraprestación periódica —al fijar “Na = 3” para todos los casos— y altere, además, el plazo contractual. Surge la pregunta de por qué

OSIPTEL no advirtió estas supuestas inconsistencias en el momento oportuno, pese a que el contrato había sido puesto bajo su supervisión inicial. Esta omisión acentúa la afectación a la seguridad jurídica y a la confianza legítima de las partes, pues, la Administración intervino de forma extemporánea en una relación contractual ya ejecutada.

Asimismo, se ve comprometida la legítima expectativa contractual, entendida como una manifestación del principio de buena fe reconocido en el artículo 62 de la Constitución y desarrollado en la doctrina. Según Shoschana Zusman (2005), la buena fe implica un deber de decencia, corrección y razonabilidad en el cumplimiento del contrato, resguardando las expectativas razonables construidas sobre la base de las normas y actos del Estado (p. 24). En el mismo sentido, Cassagne (2009) sostiene que la confianza legítima del administrado debe protegerse frente a actuaciones inesperadas o contradictorias de la Administración (p. 100). La eficacia anticipada del criterio interpretativo sobre el valor de “Na” afectó directamente esta expectativa, pues el contrato había sido celebrado bajo la interpretación vigente y con condiciones expresamente reconocidas por las partes.

Desde el plano normativo, los artículos 16 y 17 de la LPAG permiten excepcionalmente la eficacia anticipada de actos administrativos, siempre que beneficien al administrado y no perjudiquen a terceros de buena fe. En este caso, la decisión del Tribunal no cumplió dichas condiciones, pues aplicó un nuevo criterio en perjuicio de una relación contractual en ejecución.

En este contexto, el cambio interpretativo con eficacia anticipada no solo menoscabó la estabilidad y previsibilidad de las condiciones contractuales, sino que también comprometió la credibilidad institucional y afectó el derecho de terceros.

En consecuencia, se concluye que la modificación del criterio sobre el valor de “Na” durante la vigencia del contrato vulneró de manera directa el principio de seguridad jurídica, la buena fe y la legítima expectativa contractual de ENEL, al alterar un aspecto esencial del contrato. Debe recordarse que, al momento de su celebración, las partes pactaron expresamente el valor de “Na = 1” conforme al Reglamento, efectuándose pagos periódicos por el uso de la infraestructura. Posteriormente, si bien el

Tribunal efectuó una interpretación sistemática correcta y con carácter de observancia obligatoria, esta debió aplicarse únicamente ex nunc, es decir, hacia el futuro, sin afectar una relación contractual celebrada de buena fe y respecto de la cual ya se habían devengado obligaciones periódicas.

Problema Secundario 2

¿En qué medida el precedente del TSC de OSIPTEL transformó la aplicación de la metodología del D.S. N° 014-2013-MTC y ejerció funciones regulatorias sin competencia normativa expresa, al establecer una interpretación con efectos normativos?

La Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL, mediante la cual, el Tribunal estableció un precedente administrativo de observancia obligatoria, constituye un ejemplo paradigmático de cómo una interpretación administrativa puede generar efectos significativos en la aplicación de una norma reglamentaria, sin que ello suponga modificar formalmente su contenido.

Como se ha señalado a lo largo del presente informe, el Tribunal resolvió una controversia entre operadores respecto al valor del denominador “Na” en la fórmula metodológica prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Tras un análisis técnico y normativo, concluyó que dicho valor debía ser tres (3) y no uno (1), como sostenía ENEL, tomando en cuenta el diseño regulatorio sustentado en los Informes N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26, emitidos por el MTC.

Si bien la decisión no implicó una modificación formal del reglamento — atribución reservada al MTC y al Poder Ejecutivo conforme al principio de legalidad—, sí supuso una reinterpretación de la metodología con efectos normativos prácticos, al establecer un criterio obligatorio que delimitó su alcance y determinó su aplicación efectiva en el caso concreto.

Es fundamental distinguir entre modificar una norma y precisar su contenido. De haber alterado el contenido normativo, el Tribunal habría excedido sus funciones, pues, carece de competencia normativa expresa. Sin embargo, la fórmula tarifaria definía “Na” únicamente como el número de arrendatarios, sin precisar si este debía entenderse como real, potencial o

técnicamente previsto. Ante tal ambigüedad, el Tribunal actuó dentro de su función de resolver controversias, desarrollando una interpretación sistemática basada en los criterios técnicos disponibles desde la entrada en vigor del reglamento.

Debe recordarse que la definición de la metodología contenida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha fue atribuida al MTC por mandato legal². Aunque OSIPTEL posee competencias generales en materia de regulación tarifaria en telecomunicaciones, en este caso particular el diseño del modelo económico —incluidos los supuestos técnicos de cálculo— correspondía al MTC. En consecuencia, el Tribunal no podía apartarse de los criterios técnicos empleados por dicha entidad ni evaluar su idoneidad, pues ello hubiera significado exceder su competencia resolutive e invadir funciones de carácter regulatorio reservadas a otra autoridad. Por esa razón, los informes técnicos del MTC no solo constituyeron un insumo válido, sino que adquirieron carácter vinculante al reflejar la decisión del órgano competente en el diseño del modelo económico aplicable a la compartición de infraestructura.

En este punto, resulta pertinente lo señalado por Mendoza Antonioli (2008, pp. 254-255), quien advierte que los organismos reguladores pueden ejercer diversas funciones en paralelo, pero deben respetar la separación entre su rol normativo y su rol resolutive. La función normativa se orienta a dictar reglas generales y abstractas, mientras que la función de solución de controversias se circunscribe a aplicar las normas vigentes a casos específicos, dentro de procedimientos contradictorios entre operadores.

Así, el Tribunal no creó una nueva regla jurídica ni modificó el texto de la norma; lo que hizo fue resolver una controversia interpretativa que incidía directamente en el cálculo de la contraprestación. Su actuación no constituyó un ejercicio de la función normativa, sino de la función resolutive, en concordancia con la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones OSIPTEL (Ley N° 27336) y la Ley Marco de los Organismos Reguladores

² Al respecto, en el Artículo 26 de Ley de Banda Ancha se estableció que “la formulación de políticas públicas en Banda Ancha está a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través del Viceministerio de Comunicaciones”.

(Ley N° 27332), que le otorgan competencia para resolver disputas entre empresas operadoras en el ámbito de las telecomunicaciones.

Cabe resaltar que interpretar una norma no consiste únicamente en aplicar su sentido gramatical, sino en descubrir su verdadero significado legal, evitando resultados incoherentes o contrarios a la finalidad de la ley. Desde esa perspectiva, la administración puede ser considerada un “co-creador” del derecho, siempre que su interpretación sea razonada, compatible con el ordenamiento y orientada a la satisfacción del interés público.

En conclusión, el Tribunal no ejerció funciones regulatorias sin competencia normativa, sino que empleó su facultad legal de interpretar e integrar el ordenamiento para resolver una controversia específica. Si bien su decisión generó efectos normativos prácticos —al uniformizar el criterio sobre el valor de “Na”—, ello no constituyó una reforma normativa, sino una actuación válida y necesaria para garantizar la coherencia del sistema regulatorio. La existencia de precedentes vinculantes como este refuerza la seguridad jurídica, previene arbitrariedades contractuales y asegura condiciones justas y previsibles para el acceso a infraestructura crítica en el sector de telecomunicaciones.

Problema Secundario 3

¿La aplicación del valor del denominador "Na" en el Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA, y su evaluación por OSIPTEL, se ajusta a la finalidad pública del modelo regulatorio en materia de infraestructura de telecomunicaciones?

Efectivamente, la aplicación del valor del denominador “Na” en el Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA, tal como fue evaluada por el Tribunal, sí se ajusta a la finalidad pública del modelo regulatorio en materia de infraestructura de telecomunicaciones.

La finalidad pública del modelo regulatorio está claramente definida en la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, que declaran de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica e hidrocarburos para el despliegue de redes de banda ancha. Esta finalidad

busca cerrar brechas sociales, promover la inclusión digital, garantizar la competitividad y facilitar la transición hacia una sociedad de la información. En virtud de ello, las empresas concesionarias de servicios públicos de energía eléctrica tienen la obligación de permitir el acceso a su infraestructura, bajo un régimen tarifario regulado.

Este régimen presenta características esenciales: (i) es obligatorio, limitando la libertad contractual del concesionario eléctrico; (ii) es oneroso, pues habilita la recuperación de costos de adecuación y operación; y (iii) está sujeto a precios máximos, calculados mediante la fórmula metodológica prevista en el Anexo 1 del Reglamento.

En el caso concreto, el Contrato de Compartición aplicó un valor al denominador $N_a = 1$, lo que derivó en cobros superiores al precio máximo regulado. Al corregir dicho valor a $N_a = 3$, en concordancia con los Informes N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26, el Tribunal evitó que se distorsionara el modelo regulatorio en perjuicio de un operador de telecomunicaciones y, sobre todo, del interés general. Como dispone el Reglamento, las partes no pueden pactar libremente precios que superen los máximos regulados ni contravenir el principio de no discriminación.

Ahora bien, este ajuste, aunque correcto desde la perspectiva del interés público, se conectó con un problema adicional ya señalado: su aplicación con eficacia retroactiva durante la vigencia mínima del Contrato de Compartición generó un menoscabo en la seguridad jurídica y en la legítima expectativa contractual de ENEL, que había celebrado el contrato bajo la lectura textual del Reglamento. En efecto, como se analizó anteriormente, el principio de seguridad jurídica exige certeza y previsibilidad. Por ello, aunque la interpretación del TSC resultaba sistemáticamente correcta y orientada al interés público, debió aplicarse ex nunc y no con eficacia anticipada, para no vulnerar la estabilidad contractual.

En conclusión, la actuación del OSIPTEL materializó la finalidad pública del modelo regulatorio al impedir distorsiones en el cobro de las contraprestaciones periódicas, fomentar condiciones de acceso y garantizar la eficiencia económica en el uso de infraestructura esencial. No obstante, este resultado positivo para la política pública no exime de cuestionar la afectación a la seguridad jurídica y a la confianza legítima de las partes,

derivada de la eficacia anticipada del precedente. En tal sentido, la interpretación del valor de “Na” como igual a tres (3) debe aplicarse únicamente en adelante (ex nunc), garantizando la coherencia del sistema regulatorio sin alterar relaciones contractuales previamente ejecutadas de buena fe. Así, la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL se erige en un precedente paradigmático que armoniza los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica con la finalidad pública de la regulación, privilegiando el interés general, pero reconociendo los límites que impone la estabilidad contractual.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

4.1. La modificación del criterio interpretativo sobre el valor de “Na” durante la vigencia mínima del Contrato de Compartición entre AZTECA y ENEL generó una afectación al principio de seguridad jurídica, a la buena fe y a la legítima expectativa contractual. Si bien el Tribunal acertó al establecer técnicamente que el valor de “Na” debía ser tres (3), la aplicación de este criterio a una relación contractual ya ejecutada desconoció la estabilidad de los acuerdos pactados bajo la interpretación entonces vigente, alterando pagos devengados y condiciones expresamente reconocidas por las partes.

4.2. El precedente de observancia obligatorio establecido por la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL transformó la aplicación de la metodología del D.S. N° 014-2013-MTC al precisar el valor del parámetro “Na” en tres (3). El Tribunal actuó dentro de su competencia resolutoria al interpretar una disposición ambigua respecto del valor de “Na” con base en los informes técnicos emitidos por el MTC, respetando la distribución de funciones entre organismos reguladores. En consecuencia, no se configuró un ejercicio indebido de potestad normativa, sino el cumplimiento de la función de resolver controversias con criterios vinculantes.

4.3. La aplicación del valor del denominador “Na” en el Contrato de Compartición entre ENEL y AZTECA, tal como fue evaluada por el Tribunal,

sí se ajustó a la finalidad pública del modelo regulatorio en materia de telecomunicaciones, al garantizar precios máximos coherentes con la metodología, evitar distorsiones en la contraprestación y proteger el interés general en el acceso a infraestructura esencial.

4.4. Se concluye que el precedente administrativo fijado en la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL presenta como principal alcance dotar de uniformidad y predictibilidad a la aplicación de la metodología del D.S. N.° 014-2013-MTC, garantizando la coherencia del modelo regulatorio y la protección del interés público. Sin embargo, su límite se encuentra en el respeto al principio de legalidad y a la jerarquía normativa, en tanto el diseño de los parámetros técnicos corresponde al MTC como autoridad competente. La decisión del Tribunal, sustentada en el principio de verdad material, fue válida en la medida en que interpretó una disposición ambigua del Reglamento para evitar cobros contrarios al interés general; no obstante, su eficacia debió proyectarse únicamente hacia el futuro (*ex nunc*) a fin de no afectar la seguridad jurídica ni la confianza legítima de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- Barrantes Cáceres, R. (2008). Las tendencias de la regulación de telecomunicaciones: ¿Cuánta regulación es necesaria y para qué? *Revista de Derecho Administrativo*
- Cairampoma Arroyo, A. (2014). La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. *Derecho PUCP*, (73).
- Cassagne, J. C. (2009). *El contrato administrativo* (3.ª ed., p. 100). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Danós Ordóñez, J. (2010). ¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?. *Revista De Derecho Administrativo*
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2000). *Curso de Derecho Administrativo* (13.ª ed.). Madrid: Civitas.

- González Navarro, F. (1966). Los informes administrativos como actos de instrucción del procedimiento administrativo. *DA*, (98).
- Jiménez Murillo, R. (2011). Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67)
- Martín Tirado, R. (2001). El procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad*
- Mendoza Antonioli, D. (2008). El Procedimiento de Solución de Controversias entre Empresas de Telecomunicaciones. *Revista De Derecho Administrativo*
- Molina Dimitrijevič, A. (2001). Los Principios del Procedimiento Administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General: fundamentos, alcances e Importancia. *Derecho & Sociedad*
- Ortiz Díaz, A. (2015). *Precedente administrativo y predictibilidad en la actuación de la Administración Pública* Lima: Gaceta Jurídica.
- Pacheco Romaní, J. (2012). ¿Qué necesitamos para desarrollar la Banda Ancha?. *Revista De Derecho Administrativo*
- Quiroga, J., & Roca, R. (2021). *El caso de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: lecciones de política pública y regulación*. En Revista de Derecho Administrativo, PUCP.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2008). Sobre el servicio universal en materia de telecomunicaciones. *Revista De Derecho Administrativo*,
- Soto Carrillo, G. (2008). Las garantías formales de la regulación tarifaria (En particular en el régimen peruano de las telecomunicaciones). *Revista De Derecho Administrativo*
- Thornberry Villarán, G. (2008). El nuevo papel del regulador de telecomunicaciones. *Revista de Derecho Administrativo*
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003). *Expediente N.º 00016-2002-AI/TC*.
- Zusman Tinman, S. (2005). La buena fe contractual. *THEMIS Revista De Derecho*, (51)

ANEXOS



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL

Lima, 4 de diciembre de 2020

EXPEDIENTE	008-2018-CCO-ST/CI
RECLAMANTE	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
RECLAMADA	Enel Distribución Perú S.A.A.
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura
PROCEDENCIA	Cuerpo Colegiado Ad Hoc

SUMILLA:

Se **REVOCA** la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc. que resolvió la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A., en el extremo que declaró fundada en parte la primera pretensión principal, fundada la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reclamación respecto de 291 estructuras e infundada dicha pretensión accesoria respecto de 4,030 infraestructuras; y reformándola, se declara **FUNDADA** la primera pretensión principal y **FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Se **ORDENA** a ENEL devolver a favor de AZTECA el importe ascendente a la suma de S/ 1 843 104,38, correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Se dispone que, conforme a lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y el artículo 91 del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL, la presente resolución constituye Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria en cuanto establece lo siguiente:

“La aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, no puede restringirse a la definición del número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado en dicho marco legal para la retribución de la contraprestación periódica.”



En esos términos, en tanto el denominador “Na” forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica, y al haberse acreditado que dichos costos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica desplegados por tres (3) operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, se evidencia que el valor del denominador “Na” guarda correspondencia con esa cantidad, por lo que la contraprestación resultante retribuye el costo generado por cada cable de comunicación, independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. En consecuencia, puede concluirse que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura, fijada en el precitado Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3)”.

VISTO:

- (i) El Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI (Cuaderno Principal).
- (ii) El recurso de apelación del 11 de agosto de 2020 interpuesto por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTTEL del 21 de julio de 2020, emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc¹ (en adelante, el CCO).
- (iii) El escrito de absolución del recurso de apelación presentado por Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL) con fecha 18 de setiembre de 2020.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. El 23 de agosto de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra ENEL², manifestando que existe una controversia en el marco del “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica”, celebrado entre dichas empresas el 9 de noviembre de 2015, (en adelante, el Contrato de Compartición), debido a que desde el inicio de la relación contractual se le habría exigido el pago de una contraprestación al menos tres (3) veces superior a la máxima que puede cobrarse conforme a la Ley N° 29004, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha) y a su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, el Reglamento).
2. AZTECA planteó como pretensión principal que se declare que la contraprestación exigida en el marco de la referida relación de compartición excedía el importe máximo de retribución exigible por el uso compartido de infraestructura.

Como pretensión accesoria, solicitó que se ordene la restitución del monto que habría pagado en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta

¹ El Cuerpo Colegiado Ad Hoc fue constituido mediante Resoluciones N° 191-2018-CD/OSIPTTEL y N° 059-2019-CD/OSIPTTEL, de fechas 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, respectivamente

² Cabe considerar que AZTECA celebró el Contrato de Compartición con la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. – EDELNOR (ahora, ENEL), empresa cuya denominación social fue objeto de modificación el mes de octubre de 2016. De este modo, la denominación actual de la reclamada es Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL).



la emisión del Mandato de Compartición dictado por el OSIPTEL³ o, en su defecto, se ordene que se compense este monto con los consignados en las facturas que se encuentren pendientes de pago o con las facturas que ENEL emita en el futuro.

3. Mediante Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL de fecha 6 de setiembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc (en adelante, CCO) admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra ENEL.
4. El 4 de octubre de 2018, ENEL contestó la reclamación deduciendo una excepción de convenio arbitral. Asimismo, solicitó la suspensión del procedimiento hasta la resolución del proceso contencioso administrativo seguido por ENEL contra el OSIPTEL y AZTECA por la validez del Mandato de Compartición. Además, solicitó se precise que la pretensión referida a la devolución de lo pagado en exceso debe ser accesoria y no subordinada.
5. Mediante Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTEL de fecha 12 de octubre de 2018, el CCO rectificó el error material al consignarse la pretensión referida a la devolución del presunto monto pagado en exceso como pretensión subordinada en lugar de accesoria.
6. Mediante Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 29 de mayo de 2019, el CCO declaró, entre otros puntos, lo siguiente: infundada la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL, e infundada la solicitud de suspensión del presente procedimiento planteada por ENEL.
7. Mediante escritos de fecha 11 de marzo de 2020, AZTECA y ENEL presentaron sus alegatos y solicitaron el uso de la palabra. El 15 de junio de 2020 se llevó a cabo la audiencia de Informe Oral convocada mediante la Resolución N° 032-2020-CCO/OSIPTEL.
8. En el marco de la Emergencia Sanitaria declarada mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA⁴, con el Decreto de Urgencia N° 026-2020⁵, y con las prórrogas dispuestas por Decreto Supremo N° 076-2020-PCM⁶ y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM⁷, se dispuso la suspensión del cómputo de los plazos de los procedimientos administrativos hasta el 10 de junio de 2020.
9. En atención a lo solicitado por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO), AZTECA y ENEL autorizaron la notificación electrónica de los actos emitidos en el presente procedimiento, brindando para ello las respectivas cuentas de correo electrónico como domicilio procesal.
10. Mediante la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL del 21 de julio de 2020 (en adelante, la Resolución Impugnada), el CCO resolvió lo siguiente:

³ Mediante Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL del 8 de marzo de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó el Mandato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y ENEL (en adelante, Mandato de Compartición).

⁴ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de marzo de 2020.

⁵ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de marzo de 2020

⁶ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de abril de 2020.

⁷ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de mayo de 2020.



“Artículo Primero. – Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A., referida a que la contraprestación fijada en el marco del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura de Enel Distribución Perú S.A.A. podía exigir a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.

Artículo Segundo. – Declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal contenida en la reclamación de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A. en el extremo referido a la devolución de lo pagado en exceso de la contraprestación por doscientos noventa y un (291) estructuras eléctricas, correspondientes a las facturaciones emitidas desde julio de 2016 a julio de 2017, por el importe de S/ 12,345.67 sin IGV.

Artículo Tercero. – Declarar **INFUNDADA** la pretensión accesoria de la primera pretensión principal contenida en la reclamación de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A. en el extremo referido a la devolución de lo pagado en exceso de la contraprestación por cuatro mil treinta (4,030) estructuras eléctricas, correspondientes a las facturaciones emitidas desde julio de 2016 a julio de 2017.

Artículo Cuarto.- Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal contenida en la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A referida a que se declare que el primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición en el extremo que hace referencia a que la contraprestación fijada en el Anexo 1 del referido contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años, no resulta exigible en la relación de compartición entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., y Enel Distribución Perú S.A.A, de acuerdo a los consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo Quinto. - Poner en conocimiento de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., en su calidad de reclamante, y Enel Distribución Perú S.A.A, en su calidad de reclamada, la presente resolución”.

11. Con fecha 11 de agosto de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTTEL, en el extremo que declaró fundada en parte la reclamación, y en consecuencia, se revoque el pronunciamiento del CCO y se declare fundada dicha reclamación en todos sus extremos.
12. Por medio de la Resolución N° 034-2020-CCO/OSIPTTEL del 18 de agosto de 2020, el CCO declaró el concesorio del recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución Impugnada.
13. A través de su escrito presentado con fecha 18 de setiembre de 2020, ENEL absolvió el recurso de apelación interpuesto por AZTECA. Además, la reclamada solicitó le concedan el uso de la palabra en audiencia de Informe Oral.

Asimismo, ENEL adjuntó un Informe de Experto como pericia de parte, solicitando al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) que brinde una audiencia de pruebas para actuar preguntas al perito; en caso contrario, que se valore la prueba ofrecida como parte del escrito de contestación. Adicionalmente, la reclamada requirió le remitan las Resoluciones del Tribunal de Solución de Controversias N° 002-2020-TSC/OSIPTTEL, N° 004-2020-TSC/OSIPTTEL y N° 006-2020-TSC/OSIPTTEL, que fueron invocadas por AZTECA.



14. El 20 de noviembre de 2020 se realizó el Informe Oral, con la participación de las dos partes del presente procedimiento.
15. Con fecha 26 de noviembre de 2020, ENEL presentó por escrito alegatos adicionales, solicitando al TSC que cambie el criterio que viene empleando en pronunciamientos anteriores que no son precedentes, debido a que se presentan nuevos hechos y fundamentos como los siguientes:
 - i) Se debe aplicar el principio de legalidad, a fin de reconocer que el Contrato de Compartición fue suscrito en cumplimiento de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, incluyendo el Anexo que define la fórmula para la contraprestación.
 - ii) A diferencia de anteriores pronunciamientos de la primera instancia, en el presente expediente, el CCO realizó un mayor análisis del Informe N° 292-2017-MTC/26, Oficio N° 520-2017-MTC/03 y Oficio N° 579-2017-MTC/26.
 - iii) De acuerdo con los fundamentos del informe que sustenta el Mandato de Compartición, el Consejo Directivo del OSIPTEL evidenció que el denominador “Na” es igual a 3, a partir de la emisión de dicho mandato.
 - iv) Los informes que invoca AZTECA para sustentar su posición no tienen fuerza legal, no son vinculantes ni oponibles.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

16. De acuerdo a lo expuesto en los antecedentes, considerando lo dispuesto en los artículos 221 y 124⁸ del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁹ (en adelante, TUO de la LPAG) y lo expresado en su recurso de apelación, se advierte que AZTECA apeló lo relativo a la pretensión principal y accesoria de la primera pretensión principal contenida en su reclamación.
17. En ese sentido, este Tribunal considera que las materias en discusión en el presente caso son las siguientes:
 - (i) Determinar si la contraprestación periódica que cobra ENEL en virtud de la relación de compartición que tiene con AZTECA excede el precio máximo

⁸ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Artículo 221.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.”

“Artículo 124.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. *Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.*
2. *La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.*
3. *Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.*
4. *La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.*

(...).“

(Énfasis añadido)

⁹ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



previsto por la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento, al haberse aplicado incorrectamente el valor del denominador “Na”.

- (ii) De ser el caso, determinar si corresponde disponer la devolución o compensación del importe que habría sido pagado en exceso por AZTECA.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1 Sobre la contraprestación periódica pactada en el Contrato de Compartición de Infraestructura entre AZTECA y ENEL

3.1.1 El propósito de la compartición de infraestructura y sus características

18. La Ley de Banda Ancha se dictó con el propósito de impulsar el desarrollo, la utilización y masificación de la banda ancha a nivel nacional. De acuerdo con la definición establecida en el artículo 4 de esta norma, la banda ancha es entendida como la conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, de forma permanente y de alta velocidad, para la obtención y emisión interactiva de información multimedia y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales.
19. El impulso del despliegue de la banda ancha busca servir de medio para favorecer y facilitar la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación de las organizaciones hacia una sociedad de la información y el conocimiento.
20. Considerando estos aspectos, la Ley de Banda Ancha declaró de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso compartido de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, con la finalidad de facilitar el despliegue de las redes de telecomunicaciones que permitan la provisión de banda ancha fija y móvil.
21. El artículo 13 de la Ley de Banda Ancha desarrolla el régimen de acceso y uso de la infraestructura de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, disponiendo que los concesionarios de dichos servicios tienen la obligación de proveer el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de las redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de banda ancha.
22. El numeral 13.4 de la misma norma precisa que este régimen de compartición de infraestructura se sujeta a determinadas condiciones. Para efectos de la presente controversia, resulta relevante considerar la condición prevista en el literal b) de dicho numeral, que señala lo siguiente:

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

(...)

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

(Énfasis añadido)



23. Dichas condiciones han sido desarrolladas en el artículo 30 del Reglamento¹⁰, el cual señala que el régimen de acceso y uso compartido de infraestructura, que permita el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha, se encuentra sujeto al pago de dos (2) tipos de contraprestaciones: (i) la contraprestación inicial única, que debe permitir la recuperación de las inversiones de adecuación en las que incurra el concesionario eléctrico para permitir el acceso y uso de la infraestructura; y, (ii) la contraprestación periódica, que debe retribuir la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.
24. Conforme a dicho régimen legal, las referidas contraprestaciones no se encuentran abiertas a la absoluta libertad de determinación de las partes, sino que se sujetan a la regulación establecida en la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento. Haciendo especial énfasis en este aspecto, el numeral 30.4 del Reglamento precisa de manera expresa que el resultado que se obtiene de la Metodología constituye el precio máximo aplicable por las referidas contraprestaciones. Conforme a ello, si bien se reconoce la posibilidad de que las partes pacten un precio menor, lo cierto es que no podrían acordar ni aplicar libremente un precio que supere el máximo establecido por la referida Metodología.
25. Como se puede advertir, el legislador ha creado un régimen de compartición de infraestructura para la provisión de banda ancha, que se reflejan en las siguientes características: (i) obligatoriedad, porque impone a las empresas titulares de infraestructura eléctrica y de hidrocarburos una carga que limita su libertad de contratar frente a un pedido de acceso y uso compartido formulado por un operador de telecomunicaciones para efectos de desplegar redes necesarias para la provisión de banda ancha; (ii) onerosidad, en tanto se reconoce que el acceso y el uso compartido de la infraestructura generan costos que deben ser retribuidos por el operador de telecomunicaciones; y, (iii) sujeción a precios máximos, en la medida que las dos contraprestaciones exigibles por el acceso y uso compartido de infraestructura no pueden ser superiores a los correspondientes montos que resulten de la aplicación de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento.
- 3.1.2 La contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura como precio máximo
26. La relación de compartición que se establece con la suscripción de un contrato de compartición comprende una serie de vínculos en función de los términos y condiciones pactados por las partes. Uno de los principales aspectos de esta

¹⁰ Artículo 30.- *Retribución por el acceso y el uso de la infraestructura eléctrica y de hidrocarburos*

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

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

(Énfasis añadido)



relación es la contraprestación o retribución económica que se debe pagar al titular que permite el acceso y uso de su infraestructura con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha.

27. La Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento establece la fórmula que determina la contraprestación periódica mensual por el acceso y uso de la infraestructura. De acuerdo con dicha fórmula¹¹, el operador de telecomunicaciones tendría que pagar por concepto de contraprestación periódica el importe resultante de la suma de los impuestos municipales adicionales que genera el acceso y uso compartido (“Imp”) y el producto de los siguientes factores:
- (i) el costo de operación y mantenimiento (OPEX) adicional en que se incurre cuando la infraestructura eléctrica es compartida, que debe representar una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura eléctrica sin compartición (“OMc”);
 - (ii) el factor de distribución entre los arrendatarios (“B”); y,
 - (iii) un margen de utilidad razonable (“im”).
28. El precio máximo correspondiente a la contraprestación periódica no es producto de la aplicación de un importe fijo, como ocurre en otros supuestos, en los que la verificación del cobro de un importe superior al precio máximo regulatorio es más visible¹². La determinación de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura exige un ejercicio previo, en el que corresponde aplicar los valores de la fórmula prevista en la Metodología. Así, una aplicación incorrecta de la referida fórmula o de sus correspondientes valores a una relación de compartición puede generar el cobro indebido de un precio superior al máximo establecido por el Reglamento.
29. En el presente caso, AZTECA ha solicitado que se declare que la contraprestación periódica establecida en el Contrato de Compartición que suscribió con ENEL excede la máxima retribución exigible por el acceso y uso compartido de infraestructura, debido a que se habría aplicado incorrectamente la fórmula contenida en la Metodología, al haberse asignado al denominador “Na” un valor igual a uno (1), pese a que tendría un valor de tres (3). De acuerdo con ello, corresponde verificar cuál es el valor que dicha fórmula ha asignado al denominador “Na”.
- 3.1.3 Los alcances de la función de solución de controversias en la determinación del valor del denominador “Na” contenida en la fórmula de la metodología
30. El Mandato de Compartición aprobado por Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL, fue dictado por el OSIPTEL en ejercicio de su **Función Normativa** y, tal y como lo han reconocido las partes, rige la relación de compartición establecida entre AZTECA y ENEL hacia adelante, es decir, tiene efectos *ex nunc* –no retroactivos–, de modo que no cubren el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición y la fecha de entrada en vigencia de dicho Mandato, que es el periodo en discusión en el presente caso.

¹¹ Se muestra la fórmula en su versión original, antes de la modificación efectuada por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 a las variables “f” y “m”.

¹² Por ejemplo, en la Resolución N° 115-2014-CD/OSIPTEL se fijó el cargo de interconexión tope por adecuación de red en US\$ 1 841.58 por E1, en la modalidad de uso compartido de elementos de adecuación de red.



31. Considerando lo expuesto, es preciso indicar que el presente pronunciamiento se efectúa en ejercicio de una **función** específica atribuida a esta entidad para resolver controversias que afecten o puedan afectar el mercado de telecomunicaciones. La labor reservada a los órganos que ejercen la función de solución de controversias del OSIPTEL consiste en evaluar el marco normativo y regulatorio para aplicar sus alcances a un determinado conflicto, pudiendo recurrir para ello a métodos de interpretación e integración jurídica.
32. Así se ha resaltado en un pronunciamiento anterior de este Tribunal, en el que se indicó que los órganos de solución de controversias no tienen competencia para fijar la contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones -dado que eso implica el ejercicio de una función diferente que es la función reguladora- sino para resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que surja como consecuencia de la interpretación y ejecución de los contratos o mandatos dictados por esta entidad¹³.
33. El presente caso consiste, precisamente, en una controversia surgida como consecuencia de interpretaciones divergentes de lo dispuesto en la Metodología del Anexo 1 del Reglamento, en particular, en lo relativo al valor que se otorga al denominador "Na". Asimismo, se aprecia que las partes no comparten una misma interpretación sobre el valor legal del denominador "Na", puesto que ENEL afirma que este corresponde al número efectivo de arrendatarios, mientras que AZTECA sostiene que corresponde al número de arrendatarios que asumió el MTC como presupuesto para la elaboración de la Metodología, esto es, que es igual a tres (3).
34. ENEL sostiene que, en obediencia al principio de legalidad, las partes pactaron la retribución prevista en el Contrato de Compartición¹⁴ de acuerdo con la fórmula legal contenida en el Reglamento, y que de la revisión del texto de la norma vigente en el 2015 no era posible determinar que el denominador "Na" es igual a 3, debido a que la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03 no hace referencia expresa al valor que deberá asignarse al denominador "Na" que forma parte del Anexo 1 del Reglamento.
35. Por tanto, así planteada la presente controversia, corresponde a este Tribunal determinar cuál es el valor legal del denominador "Na", de conformidad a lo previsto en la normativa, en tanto resulta indispensable tener en cuenta la finalidad de la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, así como del régimen de compartición de infraestructura, atendiendo al interés público que se busca tutelar.
36. De esta manera, en ejercicio de la función de solución de controversias, corresponde analizar el marco normativo y regulatorio a fin de verificar el valor asignado al denominador "Na" en la fórmula contenida en la Metodología para la determinación de la contraprestación periódica, en atención a los argumentos alegados por las partes y lo resuelto por el CCO en el presente procedimiento trilateral. Luego, de ser el caso, corresponderá analizar si este valor ha sido correctamente aplicado por las partes, lo que permitirá corroborar si la contraprestación periódica pagada por AZTECA a ENEL, en el periodo facturado comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y la entrada en

¹³ Ver: Resolución 010-2016-TSC-OSIPTEL del 17 de agosto de 2016, en el procedimiento seguido por Multivisión S.R.L contra Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

¹⁴ En concreto, en la Cuarta Cláusula y el Anexo N° 1.



vigencia del respectivo Mandato de Compartición, superó el precio máximo establecido en el Anexo 1 del Reglamento.

37. La referencia al denominador “Na” en la fórmula se encuentra en la definición de la variable “B”. Allí se indica que “B” es el “factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios” y está representado como el resultado de la siguiente división: “1/Na”.

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

Donde:

(...)

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

$B = 1/Na$.

Donde Na: número de arrendatarios.

38. Como se puede apreciar, para efectos de la aplicación de la fórmula contenida en la Metodología, “Na” se define como el “número de arrendatarios”. La Metodología no se refiere al denominador “Na” con un valor determinado, es decir, no existe referencia expresa en la norma que indique si este factor de la fórmula es equivalente a uno (1) o a tres (3), como sostiene AZTECA, o a cualquier otro valor referido al número efectivo de arrendatarios, como sostiene ENEL.
39. Ahora bien, como se ha indicado previamente, en el marco de la función de solución de controversias corresponde verificar si existe sustento que permita determinar el valor del denominador “Na” considerado en la fórmula prevista en la Metodología, teniendo en cuenta que la falta de una referencia expresa no necesariamente implica que no exista o que no se pueda desprender dicho valor del marco normativo y regulatorio. Para tal efecto, resulta necesario evaluar la documentación correspondiente a los antecedentes jurídicos directamente vinculados al Reglamento y, concretamente, a la fórmula contenida en la Metodología.
40. Al respecto, la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Banda Ancha dispuso que su Reglamento debía ser propuesto por el MTC, el Ministerio de Energía y Minas, el OSINERGMIN y el OSIPTEL. En atención a este encargo, mediante Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03 publicada el jueves 13 de junio de 2013, el MTC publicó un proyecto de Reglamento de la Ley de Banda Ancha, a fin de recibir sugerencias y comentarios.
41. El sustento de este proyecto de reglamento se aprecia en su respectiva exposición de motivos y en el Informe N° 83-2013-MTC/26 del 27 de marzo de 2013. En los referidos documentos se resalta que el acceso y uso compartido de infraestructura se encuentra sujeto al pago de contraprestaciones periódicas que remuneran su operación y mantenimiento, aunque no se advierte mayor referencia a la forma detallada de aplicación de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento y tampoco sobre el valor considerado para los factores que la componen.
42. Sin embargo, posteriormente, el MTC realizó una nueva evaluación de dicho Proyecto en el Informe N° 251-2013-MTC/26 del 17 de octubre de 2013, atendiendo a los comentarios y sugerencias recibidos sobre el referido proyecto de reglamento. En dicho documento, se precisa que se consideró necesario realizar ciertas modificaciones y precisiones en la formulación original del proyecto de reglamento.



43. A diferencia de lo que ocurrió con el sustento inicial del proyecto, en el citado Informe N° 251-2013-MTC/26 existe una explicación detallada sobre el sustento de la fórmula metodológica para determinar el pago de las contraprestaciones periódicas por el acceso y uso compartido de infraestructura. En esta oportunidad, el MTC señaló expresamente que consideraba importante incluir información adicional, que sustente en mejor medida los valores utilizados en la fórmula contenida en la Metodología.
- (i) Sobre la falta de carácter normativo del Informe N° 251-2013-MTC/26
44. AZTECA sostiene que la interpretación de los alcances del denominador “Na” se evidenciaban en el mencionado Informe N° 251-2013-MTC/26, a partir de la revisión de los alcances del parámetro “f” de la misma fórmula. Al respecto, ENEL cuestionó este documento por no tener carácter normativo.
45. Sobre ello, como ya ha señalado este Tribunal en reiterados pronunciamientos¹⁵, no resulta relevante para efectos de la interpretación de los alcances de una disposición normativa verificar si los documentos que le sirvieron de sustento califican o no como normativos, pues ello implicaría que la interpretación de las disposiciones normativas solo podría realizarse a través de la aprobación de otras disposiciones de la misma naturaleza, lo que reduciría el margen de apreciación de los órganos resolutivos para determinar los alcances de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, excluyendo la posibilidad de recurrir a la exposición de motivos, los informes técnicos y otros documentos de sustento de la aprobación de una disposición normativa.
46. De esta manera, en ejercicio de la función de solución de controversias, que implica realizar una labor de interpretación de las disposiciones normativas ante la existencia de una desavenencia en los alcances de esta, resulta indispensable considerar y evaluar toda la documentación relacionada con la referida norma, incluyendo los documentos que le dieron origen y que contienen su sustento, a fin de dilucidar el sentido de esta.
47. Ello resulta concordante además con lo expresamente dispuesto por el artículo 86 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuya virtud, uno de los deberes principales de este Tribunal es el de interpretar las normas administrativas, de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.
48. En ese sentido, si bien es indiscutible que el Informe N° 251-2013-MTC/26 no tiene carácter normativo –y por ello no ha seguido el régimen de publicación normativa–, ello no impide atribuirle mérito probatorio, ni resta y mucho menos anula el valor interpretativo que puede servir a este Tribunal para efectos de determinar el valor del denominador “Na” considerado en la fórmula de la Metodología, contrariamente a lo afirmado por ENEL. Por tanto, resulta incorrecto asumir que este documento, no pueda ser tomado en cuenta para la resolución de la presente controversia porque no se encuentra contenido en un documento con carácter normativo.

¹⁵ Ver: Resolución N° 004-2020-TSC/OSIPTTEL del 26 de junio de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra Electro Sur Este S.A.A. en el marco del Expediente N° 018-2018-CCO-ST/CI; Resolución N° 006-2020-TSC/OSIPTTEL del 31 de julio de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. en el marco del Expediente N° 013-2018-CCO-ST/CI; y, la Resolución N° 017-2020-TSC/OSIPTTEL del 25 de septiembre de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra Statkraft Perú S.A. e Inversiones Shaqsha S.A.C. en el marco del Expediente N° 012-2018-CCO-ST/CI.



49. Asimismo, a diferencia de lo argumentado por ENEL, conforme fue reconocido por este Tribunal en pronunciamientos anteriores en el marco de controversias similares¹⁶ y que también resulta aplicable al presente procedimiento, esta necesidad de evaluar toda la documentación relacionada con la controversia descansa en la correcta aplicación del Principio de Verdad Material, conforme al cual la autoridad debe verificar plenamente los hechos que sustenten su decisión, adoptando todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley.
50. La observancia de este principio es exigible también en los procedimientos trilaterales, en los que incluso cabe la sustitución del deber probatorio que corresponde a las partes si el pronunciamiento de la autoridad pudiera involucrar el interés público, como ocurre en el presente caso.
51. Por tanto, puede concluirse que el Informe N° 251-2013-MTC/26, resulta plenamente pertinente para evaluar los alcances de la controversia entre AZTECA y ENEL respecto de la determinación del valor del denominador “Na” considerado en la fórmula contenida en la Metodología, al igual que otros medios probatorios aportados que, si bien tampoco tienen la calificación normativa, permiten a este Tribunal interpretar las normas que forman parte del ordenamiento jurídico aplicable.
- (ii) Sobre el conocimiento de los alcances del Informe N° 251-2013-MTC/26
52. ENEL cuestionó el Informe N° 251-2013-MTC/26 por no haber sido de conocimiento de las partes, mientras que en la resolución apelada también se afirma que las partes no conocieron el documento. ENEL considera que la falta de publicidad del referido informe generó que las partes no pudieran tener conocimiento de los alcances de este, a fin de ser considerado por AZTECA y ENEL al momento de suscribir el Contrato de Compartición.
53. Al respecto, resulta pertinente mencionar que la invocada falta de conocimiento sobre la forma correcta y lícita de aplicar los reales alcances de la fórmula prevista en la Metodología no puede dar lugar a que las partes apliquen una contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura que supere el precio máximo que establece el Reglamento. Admitir esta posibilidad implicaría que, por el alegado desconocimiento de los alcances de una disposición de carácter regulatorio, se apliquen términos y condiciones de compartición que sean contrarios al marco normativo y puedan afectar el interés público que se pretende resguardar.
54. En el presente caso, la determinación de la contraprestación periódica trasciende el interés particular de los administrados, en tanto involucra la existencia de un interés público, de modo que no puede existir posibilidad lícita alguna de que las partes apliquen libremente una contraprestación periódica por encima del máximo que resulta de la aplicación de la fórmula establecida en el Reglamento.
55. En tal sentido, incluso un eventual desconocimiento de las partes sobre la forma correcta de determinación de la contraprestación periódica, no enerva el deber de la

¹⁶ Ver: Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTTEL del 28 de octubre de 2019, emitida en el procedimiento seguido por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Consorcio Energético de Huancavelica S.A. en el marco del Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI; la Resolución N° 002-2020-TSC/OSIPTTEL del 19 de junio de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra el Proyecto Especial Olmos Tinajones en el marco del Expediente N° 019-2018-CCO-ST/CI; y, la Resolución N° 004-2020-TSC/OSIPTTEL del 26 de junio de 2020, emitida en el procedimiento seguido contra Electro Sur Este S.A.A. en el marco del Expediente N° 018-2018-CCO-ST/CI.



autoridad de aplicar la regulación que corresponda, adoptando, de ser el caso, las medidas que se requieran para revertir cualquier contravención producida, teniendo en cuenta que la aplicación de una contraprestación periódica que supere el precio máximo, que resulta de la aplicación de la fórmula contenida en la Metodología, constituiría un incumplimiento del marco regulatorio contenido en la Ley de Banda Ancha.

56. Por tanto, puede concluirse que el Informe N° 251-2013-MTC/26 y su matriz de comentarios resultan plenamente pertinentes para evaluar los alcances de la controversia entre AZTECA y ENEL respecto de la determinación del valor del denominador “Na” considerado en la fórmula contenida en la Metodología.

3.1.4 La definición del valor de “Na” en la fórmula

(i) La relación existente entre las variables de la fórmula y el valor del “Na”

57. AZTECA argumenta que el CCO, al igual que ENEL, se equivoca al afirmar que en el Informe N° 251-2013-MTC/26 no se evidenciaba una referencia sobre la determinación del valor del denominador “Na” ni se desprendía que el razonamiento de sustento de la variable “f” permita inferir la existencia de una relación con el valor del denominador “Na” y que este es equivalente a tres (3). Sin embargo, este Tribunal no comparte la conclusión del CCO por los fundamentos que seguidamente se exponen.
58. En principio, debe indicarse que los componentes “Imp” y “(1+Im)” de la fórmula no revisten mayor relación con la determinación del denominador “Na”. En cambio, sí existe una relación directa entre la variable “OMc” y “B”, toda vez que ambas están referidas a los costos generados por el despliegue de las instalaciones de cable de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica.

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

Donde:

(...)

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

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

B = 1/Na.

Donde Na: número de arrendatarios.

59. De la revisión de los referidos componentes de la fórmula, puede advertirse que el componente “OMc” representa el costo adicional de operación y mantenimiento en el que incurre una empresa eléctrica por compartir su infraestructura, mientras que la variable “B” (que se representa por el resultado de la división “1/Na”) permite distribuir este costo adicional entre los arrendatarios. La funcionalidad de esta relación es relevante en el presente caso, pues sobre la base del cálculo realizado para determinar el costo adicional que genera la compartición (“OMc”), se puede desprender el número de arrendatarios (“Na”) previsto en la construcción de la fórmula.
60. La referida fórmula precisa que para efectos de la compartición de la infraestructura eléctrica, la variable “OMc” se encuentra representada por el producto del parámetro “f” y “OMs”.



$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

f : 20%

OMs : Costo mensual OPEX sin
compartición (...).

61. La definición de la variable “OMs” viene dada por la regulación prevista en el sector eléctrico, por lo que su asignación en la fórmula no amerita mayor revisión para efectos del presente caso. En cambio, sí resulta necesario revisar la determinación del valor asignado al parámetro “f”, pues refleja el costo que debe asumir la empresa de telecomunicaciones en función del costo ordinario de operación y mantenimiento en el que incurre una empresa eléctrica cuando no comparte su infraestructura.
- (ii) La definición del parámetro “f” en la fórmula
62. Antes de la modificación introducida por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, la Metodología asignó al parámetro “f” un valor uniforme de 20%, independientemente del tipo de tensión de la torre eléctrica a ser compartida (baja, media o alta tensión)¹⁷, es decir, se asumió que el régimen de compartición para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones generaba el 20% del costo de operación y mantenimiento en el que incurría una empresa eléctrica cuando no compartía su infraestructura.
63. Al apreciar la fórmula, se podrá verificar que la Metodología únicamente asigna el valor de “f”, pero no expone el procedimiento seguido para su determinación. Este procedimiento se encuentra en la explicación que se realiza en el Informe N° 251-2013-MTC/26. En este documento se indica que el valor del parámetro “f” se obtuvo considerando dos (2) criterios: (i) el criterio de espacio y (ii) el criterio de peso.
64. Además, al efectuar la evaluación del criterio de espacio, el MTC tomó en cuenta la información proporcionada por el FITEL y la información técnica comparada respecto a la configuración física de los postes eléctricos y el espacio disponible que tienen para ser compartidos.
65. Al efectuar la evaluación de la información técnica comparada, el MTC llegó a considerar que una buena aproximación para determinar el porcentaje de los costos adicionales de operación y mantenimiento, que deben asumir las empresas de telecomunicaciones, era el ratio entre el espacio disponible a ser utilizado por las empresas de telecomunicaciones y el espacio o altura total del poste eléctrico, con lo cual se obtenía un resultado de 16%. Asimismo, estimó que este valor era cercano al ratio “espacio utilizable/espacio total” (D/C) que se apreciaba en la información proporcionada por el FITEL, respecto de la configuración física de un poste eléctrico (17% para postes de 9 m y 14% para postes de 11 m), por lo que concluyó que el resultado obtenido se encontraba dentro de un margen de variación aceptable.
66. Luego, el MTC consideró que se debía incluir en el cálculo final un margen de seguridad adicional, dada la existencia de postes eléctricos con características

¹⁷ Con la modificación efectuada mediante la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, se asignó a “f” un valor en función al tipo de tensión de la infraestructura eléctrica: 20% cuando la infraestructura es de baja tensión y 18.3% cuando la infraestructura es de media y alta tensión.



particulares (altura, materiales, etc.) y teniendo en cuenta que la definición el valor de este parámetro sería aplicable también a las torres de alta tensión. Siguiendo esta evaluación, el MTC concluyó que el valor de “f” conforme al criterio de espacio debía ser equivalente a 20%.

67. Nótese que este valor asignado al parámetro “f” tomó en cuenta la instalación de tres (3) espacios para el tendido de cables de fibra óptica. En efecto, la información técnica comparada permite verificar el espacio utilizado por los cables de fibra óptica en una torre eléctrica y la información del FTEL confirma que el espacio asignado y empleado en la construcción de la fórmula para la contraprestación periódica por compartición de infraestructura se encuentra reservado para la instalación de tres (3) cables de fibra óptica.
68. Por otro lado, el MTC también consideró pertinente recurrir al criterio de peso para determinar el costo de operación y mantenimiento que generaría el régimen de compartición a los titulares de la infraestructura eléctrica. En este caso la determinación del valor del parámetro “f” también partió asumiendo la existencia de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica. Para ello, se obtuvo el ratio que resultaba de la división del peso de tres (3) cables de fibra óptica entre el peso de tres (3) conductores eléctricos (3x95/3x745), cuyo resultado fue 15%¹⁸.
69. El MTC consideró que la estimación del valor del parámetro “f” igual a 15% podría estar sujeta a la variabilidad de ciertos factores (cables de telecomunicaciones más pesados, conductores más pesados o más livianos, etc.), por lo que optó por incrementar el valor obtenido asumiendo la existencia de un margen de seguridad razonable, con lo que, siguiendo el criterio de peso, consideró que correspondía asignar al parámetro “f” un valor equivalente a 20%.
70. Para efectos de la controversia, interesa resaltar que también en este caso el MTC dimensionó el porcentaje del parámetro “f” sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica. Es decir, en la estimación del modelo empleado para la construcción de la fórmula contenida en la Metodología, consideró que debía retribuirse el costo adicional de operación y mantenimiento que generaría el peso de tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura eléctrica a ser compartida.
71. Cabe indicar que la Resolución Impugnada recoge ciertos cuestionamientos sobre el sustento de los criterios de espacio y peso empleados en la definición del parámetro “f”: (i) no se habría desarrollado la información que identifique el número de cables que soportaría la infraestructura en la información técnica empleada para determinar el espacio a ser ocupado por los cables de fibra óptica¹⁹; (ii) se habría

¹⁸ “Ahora bien, a efectos de plantear los supuestos para efectuar los cálculos correspondientes, en principio se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70 mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en el mismo poste o torre (cables de hasta 30 hilos, con vanos entre 80 y 120 m).

Así, considerando que el peso de un cable de fibra óptica ADSS es aproximadamente 95 Kg/Km y que el peso de cada conductor de 70 mm² es aproximadamente de 745 Kg/Km; el cálculo del ratio entre los pesos indicados (3x95/3x745) es 15%.”

(Informe N° 251-2013-MTC/26)

¹⁹ “Respecto del segundo supuesto, construido con la información de distribución de espacios en los Estados Unidos de América, no se cuenta con información suficiente para identificar el número de cables que soportaría el espacio disponible de la respectiva infraestructura para el estado de Utah.”



incluido un margen de seguridad adicional que distorsionaría la posibilidad de advertir un vínculo entre “f” y “Na”²⁰; y, (iii) existiría una imprecisión en el cálculo del ratio obtenido para definir el valor conforme al criterio de peso²¹.

72. Al respecto, es necesario señalar que la fijación de precios en las industrias reguladas puede efectuarse recurriendo a diversas metodologías (costos incrementales, costos marginales, precios Ramsey, *price caps*, empresa eficiente, tasa de retorno, etc.). En cada uno de estos casos, la autoridad competente procede a adoptar presupuestos o modelos de carácter técnico y económico, aplicables de manera general, que sirven de sustento para obtener el resultado final, que constituye el precio regulado.
73. Si bien el OSIPTEL tiene atribuida legalmente la función de regulación de precios en el mercado de telecomunicaciones, en el caso particular de la fijación de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura, el legislador optó por atribuir esta competencia directamente al MTC, al encargarle la responsabilidad de elaborar el Reglamento. Esta función no modifica la naturaleza del MTC, pero la función desplegada para este propósito claramente tiene un componente regulatorio, que no se puede discutir en ejercicio de función de solución de controversias por ser esta una actividad administrativa distinta a aquella.
74. En ese sentido, no corresponde a esta instancia determinar si los criterios empleados por el MTC para calcular los costos de operación y mantenimiento adicionales generados por la compartición de infraestructura son los adecuados o no, ni tampoco prescindir de su aplicación por la alegada imprecisión en su determinación. Los cuestionamientos que eventualmente puedan existir sobre el empleo de las variables o el modelo utilizado por el MTC para la determinación de la contraprestación periódica corresponden efectuarse en las vías procedimentales que para tal efecto prevé la ley.
75. El propio MTC reconoce que la definición de la fórmula contenida en la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento parte de supuestos que podrían ser diferentes; sin embargo, para fines regulatorios, opta por los que considera que constituyen un modelo aplicable en todos los casos, para efectos de la determinación de la contraprestación periódica que correspondería pagar a las

(Fundamento 157 de la Resolución Impugnada).

²⁰ “Adicionalmente a ello, es oportuno resaltar que luego del cálculo del valor de la variable “f” sobre la base de este primer criterio que considera el espacio utilizado, el MTC incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “f” a 20%. Por lo tanto, para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en modo alguno se puede inferir un vínculo indelible entre los valores “f” y del denominador “Na” y, tampoco permite una equivalencia del “Na” como constante en tres (3)”.

(Fundamento 158 y 159 de la Resolución Impugnada).

²¹ “Así, a efectos de la determinación del valor “f”, considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, se utilizó el ratio entre el peso aproximado de hasta tres (3) cables de fibra óptica ADSS y el peso de tres conductores eléctricos, obteniendo como resultado 12.75%. De otro lado, luego del cálculo de la variable “f” sobre la base del segundo criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica, el MTC también al igual que en el criterio que considera el espacio utilizado incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “f” obteniendo de 15% a 20%, haciéndose referencia a aspectos cualitativos sin sustentar cuantitativamente el incremento de dicha variable.

(...) Asimismo, si se considera el valor real obtenido del ratio, ascendente a 12.75%, el referido margen de seguridad razonable resultaría aún más amplio, ya que éste se habría incrementado hasta en un 57% para obtener el valor final mencionado en el Informe.”

(Fundamento 162, 163 y pie de página 89 de la Resolución Impugnada).



empresas de telecomunicaciones por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica.

76. Asimismo, resulta necesario resaltar que en el Informe N° 251-2013-MTC/26 destaca la dificultad de determinar el costo que la compartición de infraestructura eléctrica puede generar en sus titulares; sin embargo, como parte de la fijación del precio máximo de la contraprestación periódica, asume que el modelo se basa en dos (2) criterios (espacio y peso), aunque precisa que estos podrían ser diferentes. Pese a ello, se inclina por el “arreglo general” y la “buena aproximación” que refleja el resultado de la aplicación de los criterios empleados. En otros términos, se confirma que el valor asignado al parámetro “f” es 20% como resultado de la aplicación de los mencionados criterios de espacio y peso, los cuales se sustentan en que la infraestructura eléctrica está dimensionada sobre la base tres (3) cables de fibra óptica.
77. De acuerdo con ello, la norma incorporó la variabilidad de peso de los cables de telecomunicaciones y conductores, estimando una capacidad de tres (3) accesos por estructura. De esta manera, si bien el valor porcentual del factor “f” aumentó al incluir un margen de seguridad adicional, alcanzando el 20%, ello no implica que haya dejado de considerar el peso y espacio dimensionado sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica como criterio para su determinación, como se ha explicado a lo largo del Informe N° 251-2013-MTC/26.
78. En ejercicio de la función de solución de controversias, este Tribunal no puede determinar si el valor asignado a “f” es el idóneo o no, dado que ello constituiría el desarrollo de la función de regulación de precios o, eventualmente, la revisión de los precios previamente fijados. No cabe en este procedimiento cuestionar los presupuestos, modelos o el razonamiento económico que sustenta la definición de la fórmula para establecer la contraprestación periódica ni prescindir de ellos para la resolución del presente caso. En esos términos, el cuestionamiento de los modelos o presupuestos adoptados por el MTC en la construcción de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento constituiría una injerencia en el desarrollo de funciones ajenas a la de solución de controversias.
79. En consecuencia, para este Tribunal se puede afirmar que la definición del parámetro “f” obedece a un propósito regulatorio que se materializa a través de una disposición normativa, cuyo sustento y definición estuvo a cargo del MTC. Conforme a esta evaluación, el valor de “f” es 20% y representa el costo de operación y mantenimiento adicional en el que incurre la empresa eléctrica como consecuencia de la compartición de la infraestructura, el cual ha sido dimensionado considerando el espacio que ocuparían y el peso que generarían tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.
80. Lo expuesto permite verificar que en el proceso de determinación de la contraprestación periódica que deben pagar las empresas de telecomunicaciones por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica, la definición de la variable “f” no se encuentra sustentada en la existencia de un (1) cable de fibra óptica, sino que ha sido dimensionado considerando la existencia de tres (3). Esto implica que el modelo regulatorio empleado por el MTC en la construcción de la fórmula no retribuye los costos de operación y mantenimiento adicionales que genera solo un (1) cable de fibra óptica, ni se encuentra en función al número de arrendatarios, sino retribuye los costos que generan tres (3) cables de fibra óptica.

(iii) La relación entre el parámetro “f” y el valor asignado al denominador “Na”



81. El parámetro “f” y el denominador “Na” tienen relación en la fórmula porque forman parte de dos (2) componentes que se encuentran directamente vinculados con los costos que deben ser retribuidos por las empresas de telecomunicaciones como contraprestación periódica por el uso compartido de la infraestructura eléctrica. Como se ha indicado previamente, el parámetro “f” es un componente de la variable “OMc”, que representa el costo adicional en el que incurre una empresa eléctrica por compartir su infraestructura, mientras que el denominador “Na” es un componente del factor “B”, que permite distribuir el costo adicional entre los arrendatarios.

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

Donde:

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

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

B = 1/Na.

Donde Na: número de arrendatarios.

82. En la fórmula se aprecia que “OMc” (integrado por el parámetro “f”, equivalente a 20%) fue definido como el costo de operación y mantenimiento adicional que se genera en la infraestructura eléctrica y representa una fracción del costo mensual de operación y mantenimiento en el que incurre ordinariamente la infraestructura eléctrica cuando no es compartida. De acuerdo con esta definición, puede desprenderse que la contraprestación periódica reconoce únicamente los costos incrementales que se generan como consecuencia del costo adicional en el que se incurre por permitir el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica, mas no pretende el reconocimiento de “ingresos garantizados” a su titular.
83. En esa línea, considerando términos retributivos, en virtud de la fórmula para el pago de la contraprestación periódica, una empresa de telecomunicaciones que despliega un (1) solo cable de fibra óptica por la infraestructura eléctrica no podría lícitamente estar pagando el costo total dimensionado por la fórmula, que se sustenta en el espacio y peso de la infraestructura eléctrica para tres (3) cables de fibra óptica, cuando usa únicamente el espacio y peso correspondiente a un (1) cable de fibra óptica.
84. Admitir la licitud de esta posibilidad representaría el cobro de un precio superior al precio máximo establecido en el Reglamento. Es decir, se imputaría a un arrendatario, que requiere el tendido de solo un (1) cable de fibra óptica, todo el costo incluido en el modelo de la fórmula regulatoria para la definición de la contraprestación periódica, que ha sido dimensionado sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica que puede soportar la infraestructura eléctrica.
85. Un escenario de este tipo desnaturaliza el objetivo del régimen económico de compartición previsto en la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, dado que, en el caso bajo evaluación, habría permitido a ENEL la percepción de ingresos por encima de los costos de operación y mantenimiento que deben ser retribuidos, conforme al marco normativo.



86. La evaluación del valor asignado al denominador “Na” en la fórmula de la Metodología exige reparar en que su inclusión se realiza como parte de la definición del factor “B”, que constituye el factor de “distribución de costos” entre los arrendatarios. Ello implica que los costos a los que se refiere este factor son precisamente aquellos que se generan como consecuencia de la compartición, es decir, los costos adicionales de operación y mantenimiento generados por la instalación de cables de telecomunicaciones (“OMc”).
87. De acuerdo con ello, la aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la Metodología, no puede restringirse a la definición de número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado para la retribución de la contraprestación periódica.
88. En estos términos, en tanto el modelo regulatorio empleado por el MTC en la construcción de la fórmula para la retribución de la contraprestación periódica reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica y al encontrarse acreditado que estos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica, desplegados por tres (3) operadores de telecomunicaciones, se puede advertir que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3). De esta manera, la contraprestación resultante de aplicar la fórmula retribuye el costo generado por un cable de comunicación, independientemente del número de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar.
89. Lo expuesto se encuentra alineado con el régimen de compartición de infraestructura eléctrica, previsto en el Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. En dicha norma se precisa que toda retribución y/o costos imputados por la compartición de infraestructura será únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular²².
90. En conclusión, si bien la Metodología no contiene un valor expreso asignado al denominador “Na”, a partir de su revisión integral y teniendo en cuenta la información contenida en el Informe N° 251-2013-MTC/26, es posible concluir que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura fijada en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3).

22

DECRETO SUPREMO N° 009-2005-MTC, REGLAMENTO DE LA LEY N° 28295 QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

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

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

(...)

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

(...)

(Énfasis añadido)



3.1.5 La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MC/03 y el Informe N° 292-2017-MTC/26

91. AZTECA sostuvo que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sustentada en el Informe N° 292-2017-MTC/26, habría desarrollado el razonamiento económico de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento, evidenciándose que el valor del denominador “Na” siempre fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios de la infraestructura eléctrica.
92. Frente a ello, el CCO consideró que no se advierte del Informe N° 292-2017-MTC/26, un sustento y/o esclarecimiento acerca de las premisas que las partes de una relación de compartición de infraestructura deben tener sobre el valor del denominador “Na” o, en su defecto, de los parámetros que deben tomarse en consideración para su determinación, ya que únicamente se encontró dirigido a sustentar las modificaciones de las variables “f” y “m” de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento, realizadas por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. Asimismo, señala el CCO que a pesar que con ocasión de la construcción de la variable “f” en el Informe N° 292-2017-MTC/26 se parte de la premisa que una estructura pueda soportar tres (3) cables, ello no determina que las partes pudieran haber asumido un “Na” igual a tres (3) desde el inicio de su relación contractual.
93. De otro lado, ENEL indicó que el Informe N° 292-2017-MTC/26 únicamente desarrolla la construcción de la variable “f” a partir de la premisa que la infraestructura del concesionario de energía eléctrica puede soportar hasta tres fibras. Sin embargo, no se afirma una relación entre la variable “f” con el denominador “Na”, ni se atribuye un valor único y/o determinado al denominador “Na”.
94. De la revisión de los alcances de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no se advierte que tenga el propósito de ser aplicada de manera retroactiva y, como señala el CCO, tampoco dispone la modificación del denominador “Na”, directa ni indirectamente. Sin embargo, debe indicarse que AZTECA tampoco ha afirmado lo contrario; es más, ha focalizado los argumentos de su pretensión afirmando que este valor no habría sido modificado con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sino que se mantendría igual desde la emisión del Reglamento y que precisamente a raíz de la publicación de esta disposición normativa pudo advertir que el valor del “Na” siempre fue equivalente a tres (3).
95. De acuerdo con ello, carece de objeto determinar si la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 ostenta la condición de una norma interpretativa del valor de “Na” y también se encuentra fuera de discusión su carácter modificadorio de los valores de “f” y “m” contenidos en la fórmula de la Metodología. La importancia de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 reside en que el Informe N° 292-2017-MTC/26, que le sirve de sustento, ratifica la correcta interpretación de la Metodología desde la fecha de su aprobación, con la publicación del Reglamento, que permite entender que el valor de “Na” es equivalente a tres (3).
96. En efecto, de la revisión del Informe N° 292-2017-MTC/26 se puede advertir con mayor claridad que el valor de la variable “f” fue dimensionado teniendo en cuenta el despliegue de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica. Precisamente en esta oportunidad se señaló, de manera expresa, que el parámetro “f” se calculó tomando en cuenta la existencia de tres (3) arrendatarios.



97. El CCO consideró que el Informe N° 292-2017-MTC/26 únicamente se habría dirigido a sustentar las variables “f” y “m” de la fórmula metodológica y no contendría sustento y/o esclarecimiento acerca de la definición del valor de “Na” o los parámetros para su definición. Asimismo, ENEL indicó que este informe no vincula ni complementa las disposiciones recogidas en el Reglamento y únicamente desarrolla la construcción de la variable “f” a partir de la premisa que la infraestructura del concesionario de energía eléctrica puede soportar hasta tres fibras y que bajo ningún criterio se afirma una relación entre la variable “f” con el denominador “Na”, ni se atribuye un valor único y/o determinado al denominador “Na”.
98. Este Tribunal tampoco puede compartir estas apreciaciones, pues de la revisión del Informe N° 292-2017-MTC/26 se puede advertir la existencia de un acápite especialmente dedicado al análisis del parámetro “f” de la Metodología en su formulación original, cuando se aprobó el Reglamento, que se encuentra directamente relacionado con la determinación del valor del denominador “Na”. Veamos:
- “2.4 Análisis de las variables de “m” y “f” en la metodología del 2013*
En esta sección se describen los pasos realizados para la determinación de las variables “m” y “f” en la metodología del año 2013, los cuales fueron válidos para Baja, Media y Alta tensión, según el informe N° 251-2013-MTC/26. Cabe mencionar que, en la propuesta del presente informe, estos valores (m=77% y f=20%) permanecerán vigentes únicamente para el nivel de baja tensión” (sic)
(...)
a. Criterio por espacio
(...)
“Debe hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios.”
(...)
b. Criterio por peso
“Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (03) operadores.”
(...)
(Énfasis añadido)
99. Esta explicación descarta los cuestionamientos sobre la relación existente entre el parámetro “f” y el denominador “Na”, pues claramente se señala que los dos (2) criterios (criterio de espacio y de peso) empleados para la determinación de la fracción del costo adicional de operación y mantenimiento, que representa la compartición de infraestructura, se encuentran definidos considerando la posibilidad de atender a tres (3) arrendatarios.
100. Al respecto, es pertinente recordar que el Informe N° 251-2013-MTC/26 explicó que el parámetro “f” fue definido asumiendo la existencia de tres (3) cables de fibra óptica, lo que permitía entender que la referencia se encontraba hecha a la posibilidad de que tres (3) empresas de telecomunicaciones desplieguen cada una un (1) cable de fibra óptica. Sobre este punto, la evaluación contenida en el Informe N° 292-2017-MTC/26 es mucho más contundente, pues refiere al costo económico incremental de provisión por la instalación de un cable de comunicación, el cual ha sido dimensionado sobre la base de tres (3) cables de comunicación.
101. Luego, en el mismo Informe N° 292-2017-MTC/26 se incluye un acápite para la evaluación de la actualización de las variables “m” y “f” de la Metodología, que se aprueba con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. También en este



acápites se puede advertir que la referencia a los tres (3) cables de fibra óptica es en realidad a los tres (3) arrendatarios que podrían hacer uso de la infraestructura eléctrica.

“2.5 Actualización de los valores de las variables “m” y “f” con la información actual disponible

(...)

2.5.1 Actualización de la variable “f”

(...)

En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, concluyendo que las consideraciones del número de fibras (o arrendatarios) en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio y, por consistencia, se modifica el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio de peso”

(Énfasis añadido)

102. Teniendo en cuenta lo expuesto en este acápite, el Informe N° 292-2017-MTC/26 ratifica la correcta interpretación de la Metodología desde la fecha de su aprobación, con la publicación del Reglamento, que permite entender que el costo adicional de operación y mantenimiento que genera la compartición de infraestructura fue calculado sobre la base de tres (3) arrendatarios, de modo que el factor de distribución del referido costo adicional (“B” = “1/Na”) se sustentó en esta cantidad de operadores. Lo anterior permite concluir que el valor de “Na” es equivalente a tres (3) desde la formulación inicial del Reglamento.

3.1.6 Sobre los informes y exposición de motivos de proyectos de modificación de la Metodología que no fueron aprobados

103. El CCO sostuvo que el sustento de la exposición de motivos del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables “m” y “f”, cuya publicación fue dispuesta mediante Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03, permite inferir que el valor del denominador “Na”, conforme fue concebido en el año 2013, responde al número efectivo de arrendatarios. Ello debido a que, en el referido documento, el MTC habría realizado una simulación con los valores vigentes (aprobados en el 2013), asumiendo como supuesto el arrendamiento provisto a una sola empresa de telecomunicaciones, consignando para ello un “Na” con un valor equivalente a uno (1).

104. Asimismo, el CCO consideró que la misma conclusión se desprende de los informes que sustentaron los proyectos de modificación de la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento, de fechas 9 de febrero de 2017 (Informe N° 040-2017-MTC/26) y 18 de julio de 2017 (Informe N° 256-2017-MTC/26).

105. Señala ENEL que el análisis que realizó el CCO en el presente caso -con relación al Informe N° 292-2017-MTC/26 del 2017- difiere del realizado en otros casos, y debe efectuarse conjuntamente con otros medios probatorios, como son los informes que sustentaron proyectos normativos.

106. Al respecto, se ha verificado que si bien el análisis que ha realizado el CCO en la resolución impugnada es más extenso, en su contenido analiza los mismos informes de proyectos normativos que ya fueron analizados por este Tribunal en casos anteriores similares a este, por lo que se debe tener en cuenta que la



exposición de motivos y los informes citados por el CCO sustentan proyectos normativos que no fueron aprobados, sino que, por el contrario, se vieron sometidos a evaluaciones, comentarios y modificaciones posteriores que, finalmente, dieron lugar a la emisión y publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 en agosto de 2017, cuyo sustento se encuentra en el Informe N° 292-2017-MTC/26, que ha servido para ratificar la interpretación del valor del “Na” en la Metodología, tal como se ha expuesto previamente.

107. En ese sentido, sin desconocer el valor probatorio de los informes y las exposiciones de motivos en la interpretación normativa, no es posible atribuir carácter concluyente a documentos que sustentaron proyectos de modificación del Reglamento que no fueron aprobados y que, por ende, nunca entraron en vigencia. Más aún, cuando existen documentos que, recogiendo diversas modificaciones, son aprobados como versión final por la autoridad competente, como lo son la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y el Informe N° 292-2017-MTC/26 que la sustenta.
108. Con relación a este aspecto, resulta pertinente resaltar que el Informe N° 292-2017-MTC/26 contiene un acápite denominado “Análisis de las variables de ‘m’ y ‘f’ en la metodología del 2013”, en el que se hace referencia expresa a la consideración de que un poste/torre puede soportar tres (3) cables de fibra óptica en el criterio por espacio para determinar el valor de variable “f”, señalando que, por consistencia, la propuesta final del cálculo también toma en cuenta el mismo número de arrendatarios en el criterio por peso.
109. Por tanto, si bien los documentos que sustentan los proyectos de modificación del Reglamento pueden haber indicado que el denominador “Na” es dinámico, es decir, que responde al número efectivo de arrendatarios, el Informe N° 292-2017-MTC/26, que sustenta la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, permite identificar cuál fue el valor asignado por el MTC al denominador “Na”, como se ha expuesto en el acápite precedente de acuerdo a la aplicación correcta de la Metodología del 2013.

3.1.7 La opinión del MTC sobre el valor del “Na”

110. Como parte de su reclamación, AZTECA sostuvo que mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, el Viceministro de Comunicaciones del MTC reconoció que el valor del denominador “Na” era igual a tres (3), con independencia del número efectivo o real de arrendatarios de la infraestructura eléctrica. Por su parte, ENEL sostuvo que mediante el Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del MTC señaló que el valor del denominador “Na” corresponde al número efectivo de arrendatarios.
111. Sobre este extremo, el CCO consideró que tanto el Viceministro de Comunicaciones del MTC como el Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, no contaban con la facultad de atender consultas técnico-normativas incluida expresamente en el Reglamento de Organización y Funciones del MTC, por lo que los oficios no constituyen documentos jurídicamente vinculantes del órgano facultado en el MTC para interpretar que el valor del denominador “Na” era equivalente a tres (3) desde el inicio de la vigencia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.



112. Por su parte, ENEL sostiene que aplicar lo previsto en el Oficio N° 520-2017-MTC/03, pese a las divergencias en los pronunciamientos de las autoridades del MTC en un corto periodo, afectaría los principios de seguridad jurídica, buena fe, predictibilidad y confianza legítima que protegen a los administrados, ya que el Viceministro del MTC no puede cambiar de forma directa o indirecta el valor del factor “Na”.
113. Al respecto, si bien las modificaciones normativas se realizan en ejercicio de la función normativa, no puede afirmarse lo mismo respecto al carácter interpretativo que pueden tener los documentos de sustento de disposiciones normativas e incluso las opiniones que emiten al respecto las entidades que tienen competencia para tal efecto. Este Tribunal no comparte la afirmación del CCO, debido a que ello implicaría que la posibilidad de desprender el sentido de las disposiciones normativas únicamente podría realizarse mediante disposiciones normativas “interpretativas”. Si ese fuera el caso, el margen de apreciación de los órganos resolutivos, para determinar los alcances de las normas que integran el ordenamiento jurídico, sería simplemente inaplicable.
114. Si bien el Oficio N° 520-2017-MTC/03 no tiene naturaleza normativa, no es norma interpretativa, en el sentido antes expuesto, y tampoco es una norma modificatoria. Es un documento mediante el cual la Administración Pública transmite su apreciación respecto de los alcances de una disposición que ha sido emitida por ella. En ese sentido, su valoración no puede limitarse a revisar si ostenta o no carácter normativo, sino principalmente a ponderar el sustento que aporta para resolver la controversia. No es lo mismo recibir la opinión técnica de una entidad que no tiene competencia en una determinada materia, que recibirla de la entidad que ha sido la encargada de aprobar la fórmula para determinar la contraprestación periódica por compartición de infraestructura.
115. Tampoco resulta suficiente limitarse a verificar si al momento de emitir el oficio la facultad de interpretar se encontraba prevista expresamente en el Reglamento de Organización y Funciones del MTC, pues no se puede dejar de considerar que quien emitió el oficio es la entidad encargada de aprobar la fórmula de la Metodología. No es lo mismo recibir la opinión técnica de una entidad que no tiene competencia en una determinada materia, que recibirla de la entidad que ha sido la encargada de aprobar la fórmula para determinar la contraprestación periódica por compartición de infraestructura.
116. En tal sentido, el Oficio N° 520-2017-MTC/03, emitido con posterioridad al Oficio N° 579-2017-MTC/26 se encuentra en línea con Anexo 1 del Reglamento, al señalar lo siguiente:
- “Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arriendan su infraestructura tendrían dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro “Na” (Número de Arrendatarios) del factor B existente en la citada metodología, se considera importante señalar que el valor del parámetro Na es igual a 3 independientemente del número de arrendatarios efectivos”. (sic)
(Énfasis añadido)*
117. De acuerdo con lo que se puede apreciar, la opinión contenida en este oficio corrobora lo expuesto previamente, respecto a que el valor de la variable “Na” es equivalente a tres (3). El MTC no delimita el periodo de la valoración del “Na” hacia adelante, es decir, para el periodo posterior a la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sino estima que este es el valor que



corresponde a esta variable desde la formulación inicial de la Metodología, como también entiende este Tribunal.

118. Cabe señalar que durante la tramitación de otro procedimiento que fue tramitado en esta instancia²³, se advirtió que un órgano del MTC (Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones) emitió una opinión previa mediante el Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, en la que sostuvo que el valor del “Na” correspondería al número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo. Es decir, si una torre eléctrica soporta a un (1) arrendatario, entonces el valor de “Na” sería igual a uno (1), si soporta a dos (2), entonces el valor de “Na” sería igual a dos (2) y así, sucesivamente. Siguiendo este razonamiento, se afirmó que el pago que correspondería realizar a cada arrendatario se reduciría en proporción a “Na”, manteniendo la empresa eléctrica una recaudación constante por el arrendamiento de su infraestructura.
119. A juicio de este Tribunal, la consistencia de esta opinión es cuestionable a la luz de la interpretación efectuada respecto de los alcances de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento. En principio, debe indicarse que fue emitida de manera previa a la expedición del Oficio N° 520-2017-MTC/03, por un órgano jerárquicamente inferior al Viceministerio de Comunicaciones, que es quien expuso una posición definitiva del MTC sobre esta materia.
120. Por otro lado, debe advertirse que el Oficio N° 520-2017-MTC/03, emitido posteriormente, cuenta con el visto del propio órgano que expuso el sustento singular sobre el valor del denominador “Na” en el Oficio N° 579-2017-MTC/26, de manera que se puede afirmar que, luego de su expedición, adecuó su posición, evidenciando la existencia de una apreciación unívoca en el MTC en el sentido que el valor del “Na” es equivalente a tres (3).
121. Por último, es necesario precisar que el sustento expuesto por el Oficio N° 579-2017-MTC/26 es contrario al principio económico que inspira la fórmula prevista en la Metodología, dado que asume erróneamente que el concesionario eléctrico debería mantener una “recaudación constante”, al margen del costo que asumen las empresas de telecomunicaciones por el despliegue de su infraestructura. En otros términos, bajo esta interpretación se privilegiaría la percepción de “ingresos garantizados” a las empresas eléctricas, independientemente de la cantidad de arrendatarios que hagan uso de sus instalaciones, pese a que la construcción de la fórmula se sustenta únicamente en el reconocimiento de costos incrementales. Conforme a ello, la interpretación expuesta en dicha oportunidad no se ajusta a la Metodología.
122. En consecuencia, puede concluirse que la exposición técnica del MTC, se ajusta a la apreciación de este Tribunal respecto al valor del denominador “Na”, en el sentido que es equivalente a tres (3), como se ha expuesto previamente.

3.1.8 Sobre los alcances de los Mandatos de Compartición

123. Como lo han señalado las partes durante el procedimiento, el Mandato de Compartición estableció las condiciones que rigen la relación contractual de

²³ Ver: Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTTEL del 28 de octubre de 2019, emitida en el procedimiento seguido por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Consorcio Energético de Huancavelica S.A. en el marco del Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI.



compartición entre AZTECA y ENEL hacia adelante. Al respecto, el CCO explicó que el Mandato de Compartición pudo determinar que el valor de “Na” era equivalente a tres (3) en ejercicio de la función normativa que ostenta el Consejo Directivo del OSIPTEL. Sin embargo, advirtió que la evaluación contenida en dicho documento no permitía desprender que el valor del denominador “Na” haya sido establecido en la Resolución Viceministerial N° 768-017-MTC/03 y tampoco que haya podido ser entendido por las partes desde el inicio de la relación contractual de compartición.

124. Al respecto, es necesario reiterar que los alcances del presente pronunciamiento se circunscriben al periodo facturado comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y la entrada en vigencia del Mandato de Compartición, en concreto julio 2016 hasta julio 2017, que es materia de reclamación. Por tanto, no corresponde a esta instancia evaluar el razonamiento expuesto por el Consejo Directivo del OSIPTEL al emitir el Mandato de Compartición, teniendo en cuenta que su dictado se efectúa siguiendo un trámite determinado y con un propósito distinto al que se persigue en un procedimiento administrativo trilateral de solución de controversias, como el que es materia de evaluación en el presente caso.
125. Asimismo, si bien el CCO y ENEL, señalan que de la lectura del Informe N° 057-GPRC/2018 se advierte que el Consejo Directivo sostiene que el OSIPTEL es el encargado de definir el valor del denominador “Na” ya que el mismo no se puede advertir de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, cabe precisar que lo señalado por el Consejo Directivo debe ser interpretado sistemáticamente. Así, cuando se señala que el Consejo Directivo define al denominador “Na”, no debe interpretarse que en cada relación de compartición se definirá el valor de dicho denominador, sino que este se efectúa a la luz de los costos incrementales totales dimensionados para tres (03) cables de comunicación. La emisión del mandato se da ante la falta de acuerdo de las partes para modificar el contrato y tiene efectos *ex nunc* -sus efectos no son retroactivos-, de modo que no cubren el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición y la fecha de entrada en vigencia de dicho Mandato, que es el periodo en discusión en el presente caso.
126. Por el contrario, este Tribunal, de modo independiente, ha afirmado que la función de solución de controversias comprende la evaluación de los conflictos generados por las partes respecto a los alcances de los términos y condiciones normativas y contractuales que resultan aplicables a la relación contractual de compartición de infraestructura, para lo cual se recurre a los métodos de interpretación e integración del marco normativo aplicable²⁴, los cuales permiten determinar que el valor del denominador “Na” es igual a 3, de acuerdo con los fundamentos expuestos previamente.

3.2 La contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica prevista en el Contrato de Compartición

127. De acuerdo a lo expuesto hasta aquí, se puede afirmar que existe un precio máximo establecido para el pago de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura y que el valor correspondiente al denominador “Na” en la fórmula de la Metodología es equivalente a tres (3). Siendo así,

²⁴ Así se señaló en los siguientes pronunciamientos emitidos por este Tribunal: Resolución N° 007-2018-TSC/OSIPTEL y Resolución N° 008-2018-TSC/OSIPTEL, ambas del 2 de abril de 2018, y la Resolución N° 009-2018-TSC/OSIPTEL del 10 de mayo de 2018.



corresponde evaluar si las pretensiones de la reclamación de AZTECA pueden ser amparadas.

128. AZTECA solicitó como pretensión principal que se declare que la contraprestación fijada en el Anexo N° 1 del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ENEL podía exigir, en tanto el monto pactado se habría calculado aplicando erróneamente la fórmula metodológica contenida en el Anexo 1 del Reglamento, pues al denominador “Na” se le habría atribuido un valor igual a uno (1), cuando en todos los casos debió tener un valor igual a tres (3).
129. De acuerdo con ello, a efectos de evaluar la citada pretensión de AZTECA, se requiere verificar los alcances de la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición, es decir, verificar si los valores consignados en el referido contrato superan el precio máximo previsto por la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento, teniendo en cuenta, particularmente, el valor asignado por las partes al denominador “Na”. Sobre el particular, el Anexo N° 1 del Contrato de Compartición recoge los montos a los que equivalen los valores unitarios de la contraprestación mensual que correspondía pagar a AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica de ENEL²⁵.
130. En este sentido, el Anexo N° 1 del Contrato de Compartición establece que a AZTECA le corresponde pagar mensualmente el importe que resulte de la multiplicación de los valores unitarios establecidos en el cuadro de precios previsto en el mismo Anexo.
131. Sin embargo, del citado anexo del Contrato de Compartición no se puede desprender directamente los valores que asignaron las partes a los componentes de la fórmula de la Metodología, en particular, el valor asignado al denominador “Na”, dado que únicamente se consigna un listado de los valores unitarios por tipo de infraestructura. Identificar aquellos valores resulta necesario para determinar si las partes vienen aplicando correctamente la Metodología o si, por el contrario, se ha superado el precio máximo establecido.
132. Ante ello, el CCO efectuó diversos requerimientos a las partes, a fin de obtener los referidos valores asignados a los componentes de la fórmula metodológica. Atendiendo a estos requerimientos, mediante escrito del 3 y 16 de diciembre de 2019, 23 de enero y 19 de febrero de 2020, AZTECA y ENEL afirmaron no contar con sustento técnico respecto de lo solicitado; no obstante, ambas partes coinciden que el pago de la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura se realizó considerando que el valor de “Na” es equivalente a uno (1).
133. En tales términos, lo expuesto permite corroborar los argumentos de AZTECA respecto a que el valor asignado por las partes al denominador “Na” en el Contrato de Compartición fue efectivamente uno (1), pese a que, como se ha señalado en este pronunciamiento, este denominador es equivalente a tres (3).
134. En la medida que la pretensión principal de AZTECA consiste en que se declare que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede la máxima retribución por contraprestación periódica que le correspondía pagar, resulta

²⁵ De conformidad con el folio 40 del Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI.



necesario previamente verificar la contraprestación máxima que le correspondía pagar por este concepto.

135. Para tal efecto es necesario considerar todos los componentes de la fórmula prevista en la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. Es decir, la determinación de la contraprestación periódica máxima amerita reemplazar los valores de la infraestructura compartida por ENEL en la mencionada fórmula. Este ejercicio se efectúa en el **ANEXO A** de la presente resolución.
136. El resultado del cálculo permite mostrar que la determinación de la contraprestación periódica debía observar la existencia de cuatro mil trescientos veintiún (4 321) tipos de infraestructura eléctrica para el Contrato de Compartición. Al respecto, cabe agregar que del total de infraestructuras arrendadas, doscientas noventa y un (291) estructuras de baja tensión fueron arrendadas por ENEL a favor de otras empresas de telecomunicaciones, por lo que AZTECA compartía la misma infraestructura con hasta ocho empresas diferentes durante el periodo de reclamación.
137. Sin embargo, como se analizó en el apartado anterior, el denominador “Na” tiene un valor de tres (3), independientemente al número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. Por lo tanto, contrario a lo establecido por el CCO, este Tribunal considera que corresponde evaluar la contraprestación exigida por la totalidad de las infraestructuras, es decir de 4 321, a fin de determinar el cobro en exceso durante el periodo de la reclamación, indistintamente si respecto de las 291 estructuras se presentó más de un arrendatario.
138. La regulación eléctrica ofrece un valor por cada una de las infraestructuras, por lo que reemplazando valores e incluyendo la información restante de la fórmula, se puede afirmar que la contraprestación periódica que AZTECA debía pagar como precio máximo por el acceso y uso compartido de infraestructura asciende al importe de S/ 309 482,68, conforme se detalla en el **ANEXO A** que forma parte integrante de la presente resolución; sin embargo, en este periodo pagó el importe ascendente a S/ 2 152 587,06²⁶.
139. Este cálculo demuestra que la contraprestación periódica exigida y fijada en el Contrato de Compartición efectivamente excede la máxima retribución por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica que ENEL podía exigir a AZTECA, por lo que este Tribunal considera que corresponde revocar la Resolución Impugnada y declarar fundada la reclamación respecto a este extremo, quedando pendiente determinar si existe importe que deba ser devuelto.

3.3 Sobre la pretensión de devolución del importe cobrado en exceso

140. La pretensión accesoria planteada por AZTECA consiste en la devolución de lo que habría pagado en exceso como consecuencia de la aplicación incorrecta del valor del denominador “Na” en el Contrato de Compartición, durante el periodo de julio 2016 a julio de 2017²⁷. En la misma pretensión se solicita que, en caso no se acoja

²⁶ Este monto encuentra su sustento en las facturas señaladas por AZTECA en su escrito de reclamación del 23 de agosto de 2018.

²⁷ Según lo consignado en el numeral 4.2 de su escrito de reclamación en el que se sustenta el monto de devolución solicitado, AZTECA ha delimitado el objeto de su pretensión de devolución al periodo comprendido entre julio 2016 y julio de 2017.



el pedido devolución, se ordene que el referido monto se compense con los montos consignados en facturas que emitió o emitirá ENEL a AZTECA por el mismo concepto, de acuerdo con el siguiente texto:

“Se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 595,126.93 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción de los Contratos de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato o, en su defecto se ordene que este monto se compense con los montos consignados en las facturas que se encuentren pendientes de pago o que emitirá ENEL a AZTECA en el futuro por el uso de su infraestructura.”²⁸

141. Para evaluar esta pretensión accesorio, se debe determinar previamente si existió un importe pagado en exceso por AZTECA. Ello implica evaluar los documentos aportados por esta empresa como sustento de los desembolsos efectuados en el periodo que es objeto de esta controversia, es decir, en el periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y la emisión del Mandato de Compartición.
142. Por tanto, de verificarse que corresponde ordenarse la devolución de un monto pagado en exceso, este corresponde que sea asumido por ENEL, según el Contrato de Compartición.
143. En el **ANEXO B** se ha procedido a realizar el mencionado cálculo. El resultado permite afirmar que AZTECA pagó a ENEL un importe total ascendente a S/ 2 152 587,06, cuando debió pagar el importe ascendente a S/ 309 482,68. La diferencia entre ambos conceptos permite concluir que el monto cobrado o pagado en exceso es equivalente a S/ 1 843 104,38. No obstante, este importe es inferior a lo requerido por AZTECA como parte de su pretensión accesorio, pues solicitó la devolución de un monto ascendente a US\$ 595 126,93, equivalente a S/ 1 956 777,35 de acuerdo con el tipo de cambio vigente a la fecha de la presentación del reclamo²⁹.
144. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal considera que corresponde estimar parcialmente el pedido de devolución al que se refiere AZTECA. En tal sentido, carece de objeto evaluar la pertinencia de disponer la compensación de dicho importe con los facturados posteriormente, dado que su evaluación se encontraba condicionada a la eventual desestimación del pedido de devolución.

3.4 Sobre la presunta existencia de infracción administrativa

145. Al haberse verificado que AZTECA y ENEL suscribieron un acuerdo fijando una contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura, superior al precio máximo establecido en el marco normativo, corresponde remitir la presente resolución al MTC y a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL para la adopción de las acciones que consideren pertinentes en el marco de sus competencias, teniendo en cuenta que, conforme a la tipificación establecida en el inciso b) del numeral 30.2 de la Ley de Banda Ancha, constituye infracción administrativa grave el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación aplicable en el régimen de compartición de infraestructura.

²⁸ El texto corresponde a la Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL del 22 de octubre de 2018, mediante el cual el CCO acoge la solicitud de Azteca de precisar su pretensión accesorio.

²⁹ La información sobre el tipo de cambio utilizado se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01210PM/html/2018-8/2018-8/>



IV. PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

146. El artículo 91 del Reglamento de Solución de Controversias ha previsto que las resoluciones de las instancias de solución de controversias que al resolver casos particulares interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones, constituirán precedente de observancia obligatoria en materia administrativa, mientras que dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de acuerdo con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁰.
147. Al respecto, el artículo VI³¹ del Título Preliminar del TUO de la LPAG establece que los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada, y que dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en dicha norma³².

³⁰ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 136-2011-CD/OSIPTEL - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS**

Artículo 91º.- Precedentes vinculantes. Las resoluciones de las instancias de solución de controversias que al resolver casos particulares interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones, constituirán precedente de observancia obligatoria en materia administrativa, mientras que dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de acuerdo con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General. (...).

Asimismo, la instancia que las emite, ordenará la publicación de aquellas resoluciones que se consideren de importancia para proteger los derechos de los consumidores o de los competidores.

³¹ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL TÍTULO PRELIMINAR**

Artículo VI. - Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

(Énfasis añadido)

³² **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 23.- Régimen de publicación de actos administrativos

23.1 La publicación procederá conforme al siguiente orden:

23.1.1 En vía principal, tratándose de disposiciones de alcance general o aquellos actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido.

23.1.2 En vía subsidiaria a otras modalidades, tratándose de actos administrativos de carácter particular cuando la ley así lo exija, o la autoridad se encuentre frente a alguna de las siguientes circunstancias evidenciables e imputables al administrado: - Cuando resulte impracticable otra modalidad de notificación preferente por ignorarse el domicilio del administrado, pese a la indagación realizada. - Cuando se hubiese practicado infructuosamente cualquier otra modalidad, sea porque la persona a quien deba notificarse haya desaparecido, sea equivocado el domicilio aportado por el administrado o se encuentre en el extranjero sin haber dejado representante legal, pese al requerimiento efectuado a través del Consulado respectivo.

23.2 La publicación de un acto debe contener los mismos elementos previstos para la notificación señalados en este capítulo; pero en el caso de publicar varios actos con elementos comunes, se podrá proceder en forma conjunta con los aspectos coincidentes, especificándose solamente lo individual de cada acto.

(Énfasis añadido)

**“TÍTULO PRELIMINAR****(...)****Artículo VI. - Precedentes administrativos**

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes”.

(Énfasis añadido)

148. Asimismo, el referido cuerpo legal dispone en el artículo V³³ de su Título Preliminar que los precedentes administrativos son fuente del procedimiento administrativo y se encuentran contenidos en aquellas resoluciones emitidas por la Administración que establecen criterios interpretativos de alcance general y que son debidamente publicadas. Estas decisiones agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.
149. En virtud del marco legal previamente expuesto, este Tribunal considera que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el valor del denominador “Na” contenido en la Metodología, por lo que constituye precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

“La aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía

33

DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**TÍTULO PRELIMINAR****Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo**

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.
 2. Son fuentes del procedimiento administrativo:
 - 2.1. Las disposiciones constitucionales.
 - 2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.
 - 2.3. Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.
 - 2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.
 - 2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.
 - 2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.
 - 2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.
 - 2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.
 - 2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.
 - 2.10. Los principios generales del derecho administrativo.
 3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren.
- (Énfasis añadido)



Eléctrica e Hidrocarburos”, contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, no puede restringirse a la definición del número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado en dicho marco legal para la retribución de la contraprestación periódica.

En esos términos, en tanto el denominador “Na” forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica, y al haberse acreditado que dichos costos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica desplegados por tres (3) operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, se evidencia que el valor del denominador “Na” guarda correspondencia con esa cantidad, por lo que la contraprestación resultante retribuye el costo generado por cada cable de comunicación, independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. En consecuencia, puede concluirse que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura, fijada en el precitado Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3)”.

HA RESUELTO:

PRIMERO: REVOCAR la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTTEL, emitida por Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en el extremo en que declaró fundada en parte la primera pretensión principal, fundada la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reclamación respecto de 291 estructuras e infundada la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Enel Distribución Perú S.A.A. respecto de 4 030 infraestructuras y, reformándolas, se declara FUNDADA la primera pretensión principal y FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria de la primera pretensión principal, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

SEGUNDO: ORDENAR a Enel Distribución Perú S.A.A. la devolución del monto de S/ 1 843 104,38, correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

TERCERO: Disponer que, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y el artículo 91 del Reglamento General de OSIPTTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTTEL, la presente resolución constituye precedente administrativo de observancia obligatoria en cuanto establece lo siguiente:

“La aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, no puede



restringirse a la definición del número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado en dicho marco legal para la retribución de la contraprestación periódica.

En esos términos, en tanto el denominador “Na” forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica, y al haberse acreditado que dichos costos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica desplegados por tres (3) operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, se evidencia que el valor del denominador “Na” guarda correspondencia con esa cantidad, por lo que la contraprestación resultante retribuye el costo generado por cada cable de comunicación, independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. En consecuencia, puede concluirse que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura, fijada en el precitado Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3).”

CUARTO: Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, conforme a lo dispuesto en el artículo 91 del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y en el artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Asimismo, disponer la publicación de la presente resolución con sus anexos en el Portal Electrónico del OSIPTEL (página web institucional: <http://www.osiptel.gob.pe>).

QUINTO: ENCARGAR a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias la remisión de la presente resolución a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines respectivos.

REGÍSTRESE, COMUNIQUESE Y PUBLÍQUESE. -

Con el voto favorable de los señores vocales: Eduardo Robert Melgar Córdova, Alejandro Martín Moscol Salinas, Armando Luis Augusto Cáceres Valderrama y María Tessy Torres Sánchez.

EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS



ANEXO A

IMPORTE MÁXIMO A PAGAR POR CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA

- El objeto de la reclamación abarca el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición y la emisión del Mandato de Compartición. Sin embargo, de su escrito de reclamación en el que se sustenta el monto de devolución solicitado, en concordancia con lo señalado por el CCO, se advierte que AZTECA delimitó el objeto de su pretensión de devolución al periodo de facturación comprendido entre julio de 2016 y julio de 2017³⁴.
- De acuerdo con la información obrante en el expediente, ENEL puso a disposición de AZTECA 4,321 estructuras durante la relación de compartición correspondiente al Contrato de Compartición, las cuales se agrupan en ocho (8) tipos, respectivamente, en función a sus características, atendiendo a la codificación y valorización efectuada por la regulación eléctrica³⁵. El número de infraestructuras se muestra a continuación:

Nº	Código	Tensión	Resumen Cantidades
1	EA060COUDS0-300-A2	AT	212
2	EC060COU0D0-300-S1	AT	112
3	EMSU1P60C1	AT	371
4	PPC20	MT	1326
5	PPC24	MT	809
6	PPC35	BT	254
7	PPC38	BT	267
8	PPC40	BT	970

- El siguiente cuadro muestra la valorización de los ocho (8) tipos de infraestructura eléctrica en el periodo que comprende la reclamación:

Nº	Código	Descripción	Julio 2016 – Marzo 2017	Abril 2017- Julio 2017
1	EA060COUDS0-300-A2	1 Poste autoportable de acero (18/7600) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-18	\$14,167.74	\$17,210.08
2	EC060COU0D0-300-S1	1 Poste de concreto (19/1100) de suspensión (2°) Tipo SU2-19	\$2,982.08	\$2,375.70
3	EMSU1P60C1	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 1	\$2,017.81	\$2,141.56
4	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	\$400.41	\$407.46
5	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	\$523.46	\$532.67
6	PPC35	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	\$150.20	\$152.84
7	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	\$174.76	\$177.84
8	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	\$226.21	\$230.19

- A partir de esta información, es posible aplicar las variables de la fórmula contenida en la Metodología para obtener la contraprestación periódica que correspondía pagar a AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica para el despliegue de su red de telecomunicaciones. La aplicación de la fórmula, considerando que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), muestra los siguientes valores:

³⁴ Cabe precisar que mediante el escrito de reclamación del 23 de marzo de 2018, AZTECA indicó que solicitó la devolución de los montos que efectivamente pagó en exceso respecto de las facturas emitidas desde el mes de julio 2016 hasta julio 2017.

³⁵ La variable "TP" de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento es la que se refiere al costo de las torres o postes regulados del sector de energía. Conforme a ello, para obtener los valores de la infraestructura de ENEL en el periodo de reclamación, se tomó en cuenta la información de las resoluciones emitidas por el OSINERGMIN, que contienen la "Base de Datos de los Módulos Estándar de Inversión en Sistemas de Transmisión" y sus respectivas actualizaciones anuales.



N°	Código	Descripción	Julio 2016- Marzo 2017	Abril 2017-Julio 2017
1	EA060COU0S0-300-A2	1 Poste autosoportable de acero (18/7600) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-18	\$18.84	\$22.89
2	EC060COU0D0-300-S1	1 Poste de concreto (19/1100) de suspensión (2°) Tipo SU2-19	\$3.97	\$3.16
3	EMSU1P60C1	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 1	\$2.88	\$2.85
4	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	\$0.53	\$0.54
5	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	\$0.70	\$0.71
6	PPC35	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	\$0.11	\$0.11
7	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	\$0.12	\$0.13
8	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	\$0.16	\$0.16

5. AZTECA consideró que en el periodo comprendido entre julio de 2016 y julio de 2017 solo le correspondía pagar US\$ 57 172.18 por el acceso y uso compartido correspondiente al Contrato de Compartición. Por ese motivo, señaló que el importe que habría sido pagado en exceso por la aplicación incorrecta de la fórmula ascendería a la suma de US\$ 595 126.93 por el Contrato de Compartición. Sin embargo, teniendo en cuenta los valores del gráfico anterior, se puede determinar que el importe que le correspondía pagar a AZTECA en el periodo en discusión ascendía a la suma de US\$ 93 407.44 (S/ 309 482.68), como se aprecia a continuación:

N°	Código	Descripción	Julio 2016 - Marzo 2017	Abril 2017 - Julio 2017
1	EA060COU0S0-300-A2	1 Poste autosoportable de acero (18/7600) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-18	\$3,995.08	\$4,853.17
2	EC060COU0D0-300-S1	1 Poste de concreto (19/1100) de suspensión (2°) Tipo SU2-19	\$444.27	\$353.93
3	EMSU1P60C1	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 1	\$995.77	\$1,056.85
4	PPC20	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/400/150/345	\$706.25	\$718.68
5	PPC24	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/400/150/375	\$563.30	\$573.21
6	PPC35	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 8/200/120/240	\$27.27	\$27.75
7	PPC38	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 9/200/120/245	\$33.35	\$33.94
8	PPC40	POSTE DE CONCRETO ARMADO PARA A. P. 11/200/120/285	\$156.83	\$159.59
Total de los montos que debieron ser pagados por código			\$6,922.11	\$7,777.11
Total de los montos que debieron ser pagados por códigos y meses			\$ 62 298.99	\$31 108.44
Total de la contraprestación			\$ 93 407.44	

6. Es importante señalar que el importe de la contraprestación periódica que correspondía pagar a AZTECA por cada tipo de infraestructura compartida por ENEL no es uniforme, dado que el valor de la infraestructura eléctrica varía en función a la actualización de la regulación eléctrica que aprueba OSINERGMIN anualmente³⁶.

* * *

³⁶ Para efectos de la verificar el valor de la infraestructura eléctrica en el periodo bajo evaluación se ha considerado lo dispuesto en las siguientes, resoluciones aprobadas por el OSINERGMIN y publicadas en el Diario Oficial "El Peruano": (i) Resolución N° 063-2016-OS/CD, publicada el 1 de abril de 2016 y, (ii) Resolución N° 047-2017-OS/CD, publicada el 31 de marzo de 2017.



ANEXO B

IMPORTE PAGADO EN EXCESO EN EL PERIODO DE RECLAMACIÓN

1. De acuerdo con la reclamación, AZTECA indicó que pagó a ENEL el importe total ascendente a S/ 2 152 587.06, que según el tipo de cambio aplicado por la empresa operadora equivale a \$ 652 299.11 (sin IGV), en el periodo comprendido entre julio de 2016 y julio de 2017. El siguiente cuadro, que se sustenta en la información remitida por la propia reclamante³⁷, resume la generación de estos pagos:

PAGOS A ENEL SEGUN RECLAMACION DE AZTECA

Mes	No. de Factura	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (S/)	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (US\$) T.C. S/3.30
jul-16	F411-00000723	165,583.62	50,176.85
ago-16	F411-00000777	165,583.62	50,176.85
sep-16	F411-00000827	165,583.62	50,176.85
oct-16	F411-00000866	165,583.62	50,176.85
nov-16	F411-00000910	165,583.62	50,176.85
dic-16	F411-00000970	165,583.62	50,176.85
ene-17	F411-00001033	165,583.62	50,176.85
feb-17	F411-00001082	165,583.62	50,176.85
mar-17	F411-00001125	165,583.62	50,176.85
abr-17	F411-00001175	165,583.62	50,176.85
may-17	F411-00001245	165,583.62	50,176.85
jun-17	F411-00001305	165,583.62	50,176.85
jul-17	F411-00001350	165,583.62	50,176.85
13 meses	Total:	S/ 2'152,587.06	US\$ 652,299.11

2. No obstante, se advierte que, entre julio de 2016 y julio de 2017, AZTECA pagó a ENEL en la moneda peruana, es decir, en soles (S/), y al efectuar el cambio a dólares (US\$) en su escrito de reclamación utilizó un tipo de cambio equivalente a S/ 3.30, cuando el tipo de cambio utilizado para el periodo mencionado fue distinto³⁸. Siendo así, el siguiente cuadro sustentado en la información remitida por la propia reclamante durante todo el procedimiento resume la generación de estos pagos, así como el monto total en dólares pagado por AZTECA en el periodo materia de evaluación, tras efectuar la conversión de moneda conforme a los tipos de cambio correspondientes:

Mes	No. de Factura	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (S/)
jul-16	F411-00000723	165,583.62
ago-16	F411-00000777	165,583.62
sep-16	F411-00000827	165,583.62
oct-16	F411-00000866	165,583.62
nov-16	F411-00000910	165,583.62

³⁷ Folio 19 del Expediente 008-2008-CCO-ST/CI.

³⁸ La información sobre el tipo de cambio utilizado se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN01210PM/html/2016-7/2017-7/>



dic-16	F411-00000970	165,583.62
ene-17	F411-00001033	165,583.62
feb-17	F411-00001082	165,583.62
mar-17	F411-00001125	165,583.62
abr-17	F411-00001175	165,583.62
may-17	F411-00001245	165,583.62
jun-17	F411-00001305	165,583.62
jul-17	F411-00001350	165,583.62
13 meses	Total:	S/ 2'152,587.06

- Para acreditar esta pretensión, AZTECA ha adjuntado documentos (facturas, constancias de pago y otros) que no han sido cuestionados por ENEL.
- Sin perjuicio de la anterior aclaración, se debe tener en cuenta que, si bien AZTECA planteó su pretensión accesoria en dólares (USD), las facturas y constancias de pago aportadas por la referida empresa como medios probatorios que sustentan dicha pretensión se encuentran consignados en soles (PEN), por lo que este Tribunal considera que la devolución debe calcularse en la misma moneda.
- Como se ha determinado en el **ANEXO A**, el importe total que correspondía pagar a AZTECA por contraprestación periódica asciende a S/ 309 482.68. Sin embargo, se encuentra acreditado que en este mismo periodo efectuó un pago total de S/ 2,152 587.06. Estos datos permiten concluir que el importe en exceso pagado por AZTECA asciende a la suma de S/ 1'843,104.38, de acuerdo con el siguiente cuadro:

Mes	No. de Factura	Monto exigido por ENEL (SIN IGV) (S/)	Contraprestación calculada por el TSC (SIN IGV) (S/)	Monto que debe ser devuelto por ENEL (SIN IGV) (S/)
jul-16	F411-00000723	165,583.62	22,836.05	142,747.57
ago-16	F411-00000777	165,583.62	23,071.40	142,512.22
sep-16	F411-00000827	165,583.62	23,410.58	142,173.04
oct-16	F411-00000866	165,583.62	23,438.27	142,145.35
nov-16	F411-00000910	165,583.62	23,555.95	142,027.67
dic-16	F411-00000970	165,583.62	23,500.57	142,083.05
ene-17	F411-00001033	165,583.62	23,119.86	142,463.76
feb-17	F411-00001082	165,583.62	22,566.09	143,017.53
mar-17	F411-00001125	165,583.62	22,593.78	142,989.84
abr-17	F411-00001175	165,583.62	25,252.26	140,331.36
may-17	F411-00001245	165,583.62	25,454.47	140,129.15
jun-17	F411-00001305	165,583.62	25,415.58	140,168.04
jul-17	F411-00001350	165,583.62	25,267.82	140,315.80
13 meses	Total:	S/ 2'152,587.06	S/ 309,482.68	S/ 1'843,104.38

- No obstante, AZTECA solicitó como pretensión accesoria que se ordene a ENEL la devolución de un monto ascendente a US\$ 595 126.93. Por tanto, se puede apreciar que el importe que AZTECA pagó en exceso S/ 1,843 104.38 (US\$ 556 076.35) es menor el importe que solicita le sea devuelto en su pretensión accesoria (US\$ 595 126.93 equivalente a S/ 1'956,777.35 de acuerdo con el tipo de cambio vigente a la fecha de la presentación del reclamo).
