

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución No. 00026-2020-
TSC/OSIPTEL

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

Maria Julia Cortez Medina

ASESOR:

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, HEBERT EDUARDO TASSANO VELAOCHAGA, 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 No. 00026-2020-TSC/OSIPTEL", del autor(a) MARIA JULIA CORTEZ MEDINA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 15/07/2024.

- He revisado con detalle dicho reporte y 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, 15 de julio del 2024

<u>HEBERT EDUARDO TASSANO VELAOCHAGA</u>	
DNI: 10273696	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9471-8501	<i>Hebert Tassano V.</i>

RESUMEN

El presente informe jurídico se centra en el análisis de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias No. 00026-2020-TSC/OSIPTEL con respecto a la controversia suscitada entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A. relacionada al acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica. La disputa principal versa en el reclamación interpuesta por Azteca contra ENEL en relación a la interpretación de las cláusulas de compensación por la compartición de infraestructura y en la determinación de la entidad competente para resolver la controversia, ya sea mediante arbitraje o a través del organismo regulador OSIPTEL.

El estudio examina las resoluciones de OSIPTEL, las obligaciones impuestas a ENEL, y las facultades del regulador para garantizar el cumplimiento de las normativas, incluyendo la imposición de sanciones y multas coercitivas. Además, se analizan las implicancias de las acciones u omisiones que afectan el mercado de los servicios de telecomunicaciones y el rol de OSIPTEL en la resolución de tales conflictos.

De esta forma, a lo largo de la investigación se han identificado los tres problemas jurídicos. En primer lugar, se analizará si es materia de arbitraje la contrprestación presente en el Contrato de Compartición. En segundo lugar, se determinará si el OSIPTEL tiene competencia para exigir a ENEL la devolución del monto pagado en exceso. Finalmente, se analizará la capacidad sancionadora de regulador para hacer cumplir sus obligaciones.

Palabras clave

*Arbitraje – Solución de Controversias - Telecomunicaciones – OSIPTEL–
Procedimiento Administrativo Trilateral*

ABSTRACT

The present legal report focuses on the analysis of Resolution No. 00026-2020-TSC/OSIPTTEL issued by the Tribunal for the Resolution of Disputes in relation to the dispute between Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. and Enel Distribution Perú S.A.A. concerning access to and shared use of electrical infrastructure. The main dispute revolves around Azteca's claim against ENEL regarding the interpretation of clauses governing infrastructure sharing compensation and the determination of the competent entity to resolve the dispute, either through arbitration or through the regulatory body OSIPTTEL.

The study examines OSIPTTEL's resolutions, the obligations imposed on ENEL, and the regulator's powers to ensure compliance with regulations, including the imposition of sanctions and coercive fines. Furthermore, the report analyzes the implications of actions or omissions affecting the telecommunications services market and OSIPTTEL's role in resolving such conflicts.

Thus, throughout the investigation, three legal issues have been identified. First, it will be analyzed whether the compensation present in the Sharing Agreement is subject to arbitration. Second, it will be determined whether OSIPTTEL has the authority to require ENEL to refund the excess amount paid. Finally, the regulator's sanctioning capacity to enforce its obligations will be analyzed.

Keywords

*Trilateral Administrative Procedure – Arbitration – Controversy Solution
Function – Telecommunications – OSIPTTEL*

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	7
1.1. Justificación de la elección del expediente:	7
1.2. Presentación del caso:	8
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	10
2.1 Antecedentes:	10
2.2 Hechos relevantes del caso.....	11
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	13
3.1 Problema principal.....	13
3.2 Problemas secundarios	13
V. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	15
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	15
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	15
VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	17
1. PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Es el fuero arbitral la vía idónea para resolver las disputas surgidas por la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura en los servicios públicos de telecomunicaciones presentes en un Contrato de Compartición?	17
2. PROBLEMA SECUNDARIO: ¿Es materia arbitrable resolver la disputa derivada de la controversia por las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura en un Contrato de Compartición?	17
2.1. Definición de Arbitraje:.....	17
2.2. Naturaleza jurídica de la jurisdicción arbitral:	19
2.3. Límites del arbitraje:	21
2.4. Conveniencia del arbitraje para el caso en concreto:.....	22
3. PROBLEMA SECUNDARIO: ¿Es el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL el ente competente para ordenar a ENEL la devolución por el pago en exceso de Azteca?	26
3.1. Competencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones en materia de compartición de infraestructura:	27
3.1.1. La función supervisora:.....	27
3.1.2. La función de solución de controversias:	29
3.1.2.1. Procedimiento administrativo trilateral:	30
3.1.2.2. Agotamiento de la vía administrativa:	31

4. PROBLEMA SECUNDARIO: ¿Cuáles son los medios que tiene OSIPTEL para hacer cumplir sus resoluciones?	32
4.1. Facultad para imponer sanciones del OSIPTEL:	32
4.2. Infracción por no acatamiento de la resolución:	33
4.3. Limitaciones en la ejecución de multas coercitivas en el procedimiento administrativo trilateral:	36
CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	38
BIBLIOGRAFÍA:	40



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<p>N° EXPEDIENTE</p>	<p>008-2018-CCO-ST/CI</p>
<p>ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</p>	<p>Derecho administrativo Derecho de las telecomunicaciones Arbitraje</p>
<p>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución del Consejo Directivo N° 010-2018-CD/OSIPTEL que aprueba proyecto de mandato de compartición de infraestructura. • Reclamación de Azteca contra ENEL • Demanda arbitral de ENEL contra AZTECA para que se declare el incumplimiento de obligación de no hacer consistente en no solicitar la emisión del mandato, y modificación de demanda arbitral 6. • Demanda contencioso administrativo de ENEL contra Resolución del Consejo Directivo N° 63-2018-CD/OSIPTEL • Resolución del Cuerpo Colegiado N° 018-2019-CCO/OSIPTEL • Resolución del Cuerpo Colegiado N° 033-2020-CCO/OSIPTEL • Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL

DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C (Azteca)
DEMANDADO/DENUNCIADO	Enel Distribución Perú S.A.A (ENEL)
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Cuerpo Colegiado y Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL
OTROS	<i>Procedimiento administrativo trilateral</i>



I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección del expediente:

En el presente caso, se eligió la Resolución No. 00026-2020-TSC/OSIPTEL por su contexto y relevancia en el ámbito de acceso y uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones.

Según lo explicado por Zegarra (2018) la compartición de infraestructura en telecomunicaciones es el derecho concedido a un operador de servicios públicos en un sector específico para acceder a cierta infraestructura de telecomunicaciones a cambio de una compensación equitativa. Su objetivo es reducir los impactos secundarios que la instalación de redes puede tener sobre otros bienes jurídicos. Por consiguiente, el uso compartido promueve una mejor utilización de los recursos del dominio público y privado, así como la protección del medio ambiente y la salud pública. Entonces, la obligación de permitir que otras empresas operadoras utilicen sus instalaciones o los terrenos que ocupan se basa en el hecho de que estos operadores han obtenido beneficios al ocupar bienes de terceros, el cual debe ser ejercido de manera limitada y justa (p. 102).

Por lo tanto, se puede apreciar que de este derecho se desprende el principio de igualdad de trato en la concesión de derechos para ocupar bienes de dominio público y privado, lo cual es esencial para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones.

En ese sentido, desde la perspectiva regulatoria, el presente caso aborda cuestiones claves en la materia, las cuales no solo son fundamentales para garantizar la competencia en el mercado, sino que está implicado temas de interés general. Respecto a este último punto, se evidencia que Azteca suscribió con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (conocido comúnmente como MTC) el “Contrato de Concesión del Proyecto de Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”, en el cual es un proyecto de gran envergadura que busca garantizar la conectividad a nivel nacional y también promover la competencia para mejorar los servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, tiene relevancia en el sector de las telecomunicaciones y eléctrico, en el cual se observa temas relacionados a la expansión de la cobertura, la mejora de la calidad de los servicios o la reducción de costos para los usuarios finales. Además, el tema ha sido tomado en cuenta como precedente administrativo de observancia obligatoria, ya que el expediente puede establecer un precedente importante en términos de interpretación legal o regulación en el campo de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrico.

A modo de síntesis, el expediente podría haber sido elegido, debido a su importancia para el sector de las telecomunicaciones, su relevancia regulatoria, su impacto en la industria y su significado para el interés público y la resolución de conflictos.

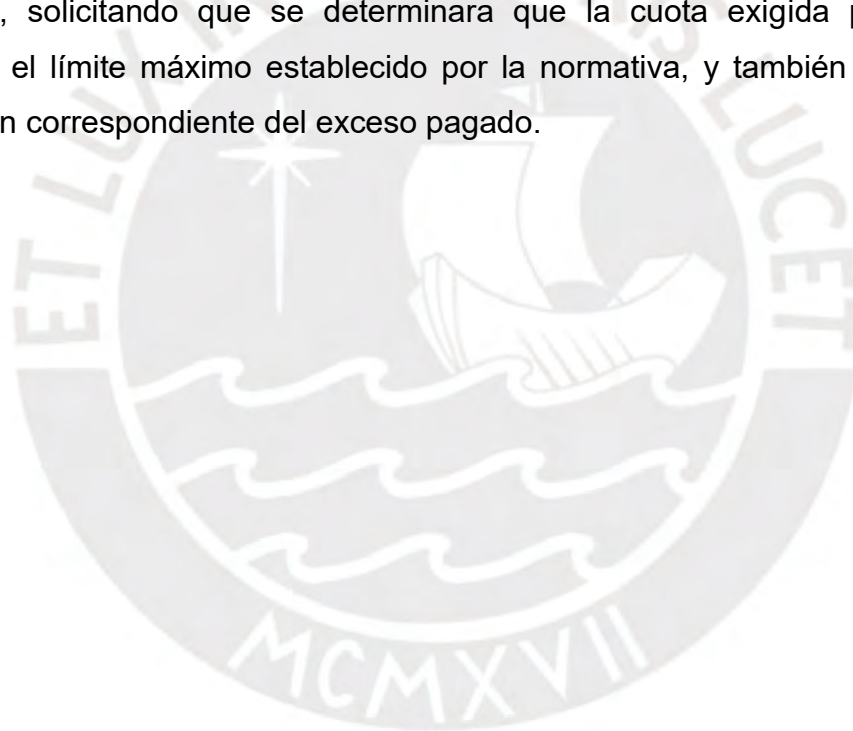
1.2. **Presentación del caso:**

La Ley No. 29904, conocida como “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de Red Dorsal de Fibra Óptica” (también conocida por sus siglas LBA), fue promulgada con el objetivo de promover y fomentar la expansión de la banda ancha a lo largo del territorio peruano, tanto en áreas urbanas como rurales. Asimismo, dicha ley también estableció como necesidad pública y de interés nacional la compartición de infraestructura vinculada con la prestación de servicios públicos de electricidad, con la finalidad de facilitar la expansión de las redes de telecomunicaciones.

Tras la entrada en vigencia de la LBA y su reglamento, surge el Contrato de Concesión del Proyecto de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO), en el cual Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (mejor conocida como AZTECA), se le nombra a empresa como concesionaria de dicho proyecto de la RDNFO. Por tal motivo, es que la empresa concesionaria suscribe un contrato con la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. – EDELNOR (actualmente, Enel Distribución Perú S.A.A. – en adelante ENEL). Este vínculo se formalizó en el "Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica" (comúnmente llamado como Contrato de Compartición), con el objetivo de ENEL alquile su infraestructura eléctrica a la concesionaria.

En el transcurso de la ejecución del Contrato de Compartición, surgieron ciertos desacuerdos en la interpretación de los valores “m” y “f” establecido en la Metodología del Reglamento de la LBA, aprobado mediante Decreto Supremo No. 014-2013-MTC (comúnmente conocido como RLBA), que determinaba el pago inicial y periódica que AZTECA debía realizar a ENEL.

Frente a esta situación, AZTECA pidió al Consejo Directivo de OSIPTEL (mejor conocido como CD) que emitiera un Mandato de Compartición para cambiar la cuota mensual dispuesta a ENEL, el cual fue requerido más tarde. Posteriormente, AZTECA presentó una queja ante los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL, solicitando que se determinara que la cuota exigida por ENEL superaba el límite máximo establecido por la normativa, y también solicitó la devolución correspondiente del exceso pagado.



II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes:

El pasado 20 de julio de 2012 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la LBA con la finalidad de impulsar la banda ancha a escala nacional. Asimismo, un poco más de un año se promulgo el RLBA. En el Anexo 1 de dicho cuerpo normativo se determino 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” (a partir de este momento, la Metodología).

Posteriormente, en el 2014, el MTC y Azteca firmaron un Contrato de Concesión, en el cual se les permitía a la empresa operadora comenzar con el Proyecto de la RDNFO.

A finales del año 2015, Azteca para cumplir con lo dispuesto en el Proyecto de la RDNFO, firma un Contrato de Participación con la empresa de distribución de energía, ENEL. En dicho negocio jurídico ambos acordaron las condiciones de pago por la distribución de infraestructura eléctrica.

No obstante, a mediados del 2017, a través de la Resolución Viceministerial No. 768-2017-MTC/03, se ajustaron los valores de las variables “m” y “f” de la Metodología.

Como consecuencia de esta modificación, en ese mismo año, Azteca solicitó al CD del OSIPTEL poder corregir la contraprestación mensual requerida por ENEL establecida en el Contrato.

Finalmente en el 2018, mediante Resolución N° 063-2018-CD/OSIPTEL, se aprobaron el Mandato de Participación, en el cual se establecía las obligaciones de participación de infraestructura entre ambas empresas prestadoras de servicios públicos.

2.2 Hechos relevantes del caso

- **Posiciones de las partes en el procedimiento:**

- Azteca Comunicaciones Perú S.A.C (Azteca):

De acuerdo con la información contenida en el expediente, se evidencia que a través de la carta DJ-1258/17, recibida el 21 de agosto de 2017, Azteca Perú solicitó a ENEL que ajustara el importe de la contraprestación por el uso de la infraestructura, tal como se estipula en el Contrato de Compartición, al precio máximo indicado en el inciso 4 del artículo 30 del RLBA. Además, Azteca Perú especificó que esta comunicación se llevó a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, numeral 25.3, del RLBA, que menciona la posibilidad para el operador de telecomunicaciones de solicitar a OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición en caso de falta de acuerdo con el concesionario eléctrico después de transcurridos 30 días hábiles desde la presentación de la solicitud de celebración de un contrato.

En dicha comunicación se presentaron las pretensiones, las cuales fueron las siguientes:

- Pretensión principal: se solicitó que se reconozca que la contraprestación establecida en el Anexo No. 1 del Contrato de Compartición supera el límite máximo de retribución por el uso compartido de infraestructura que ENEL podía requerir a Azteca.
- Primera pretensión accesoria de la primera pretensión: Se solicitó que ENEL devuelva a Azteca la cantidad de US\$ 595,126.93, que representa el exceso pagado por Azteca por el uso compartido de infraestructura desde la firma del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato.
- Segunda pretensión accesoria de la primera pretensión: se solicita que se declare que la disposición del primer párrafo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición, que establece que la contraprestación fijada en el Anexo No. 1 del contrato tendrá una

vigencia mínima de 3 años, no es aplicable en la relación de compartición entre AZTECA y ENEL.

o Enel Distribución Perú S.A.A (ENEL):

Dicha parte indica que el proceso de emitir un mandato de compartición no es la vía legal adecuada para lo que solicita Azteca Perú. Asimismo, señala que no hay base normativa para emitir un mandato que modifique un contrato de compartición. En virtud de la Cláusula Décimo Sexta, ENEL inicio un proceso arbitral para determinar si es legalmente posible modificar la Retribución en el Contrato. Por lo tanto, este procedimiento de mandato de compartición debe ser suspendido.

Además, ENEL señala que, a pesar del arbitraje que ha iniciado, AZTECA - manteniendo coherencia con su postura expresada - debería haber solicitado a OSIPTEL la designación de un CCO para resolver la disputa en cuestión. De hecho, incluso bajo la postura errónea de AZTECA, sus solicitudes deberían haber sido canalizadas a través de un procedimiento de solución de controversias. El inicio de un proceso de mandato resulta incoherente con la postura manifestada por AZTECA.

o Resolución del Cuerpo Colegiado N° 018-2019-CCO/OSIPTEL:

Resuelve declarar improcedente la tacha interpuesta por ENEL y declara infundada la excepción de convenio arbitral deducida por ENEL. Asimismo, declara infundada la solicitud de suspensión del procedimiento iniciado por AZTECA.

o Resolución del Cuerpo Colegiado N° 033-2020-CCO/OSIPTEL:

Declara fundada en parte la primera pretensión principal presentada por Azteca contra Enel, referida a que la contraprestación fijada en el

marco del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura de Enel podía exigir a Azteca.

- o Resolución del Tribunal de Solución de Controversias No 00026-2020-TSC/OSIPTEL:

Revoca la Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL, 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 contra ENEL 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.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿Es el fuero arbitral la vía idónea para resolver las disputas surgidas por la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura en los servicios públicos de telecomunicaciones presentes en un Contrato de Compartición?

3.2 Problemas secundarios

- a. ¿Es materia de arbitraje resolver la disputa derivada de la controversia por las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura en un Contrato de Compartición?

- b. ¿Es el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL el ente competente para ordenar a ENEL la devolución por el monto pagado en exceso de Azteca?
- c. ¿Cuáles son los medios que tiene OSIPTEL para hacer cumplir sus resoluciones?



V. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Para la cuestión principal del presente caso, se concluyó que las disputas que surjan de las diferencias respecto a la contraprestación por un contrato de de compartición pueden se tienen que resolverse en un primer momento por vía administrativa.

Si bien es cierto, el organismo regulador tiene la competencia previa y exclusiva para solucionar casos que competen a materia de compartición. También se considera que estamos frente a un supuesto de hecho que se encuentra involucrado un proyecto nacional que ha sido declarado de necesidad pública y de interés general, conforme a la LBA y su reglamento. No obstante, con el TSC se agota la vía administrativa y, por ende, Azteca si pudo haber recurrido al procedimiento contencioso administrativo (Poder Judicial) o a el arbitraje, siempre y cuando las partes involucradas esten conformes y hayan manifestado su voluntad de proceder por una de estas vías.

En consecuencia, es necesario analizar esta acción para determinar si todos los reclamos de usted han sido resueltos y proceden de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, DL 1071).

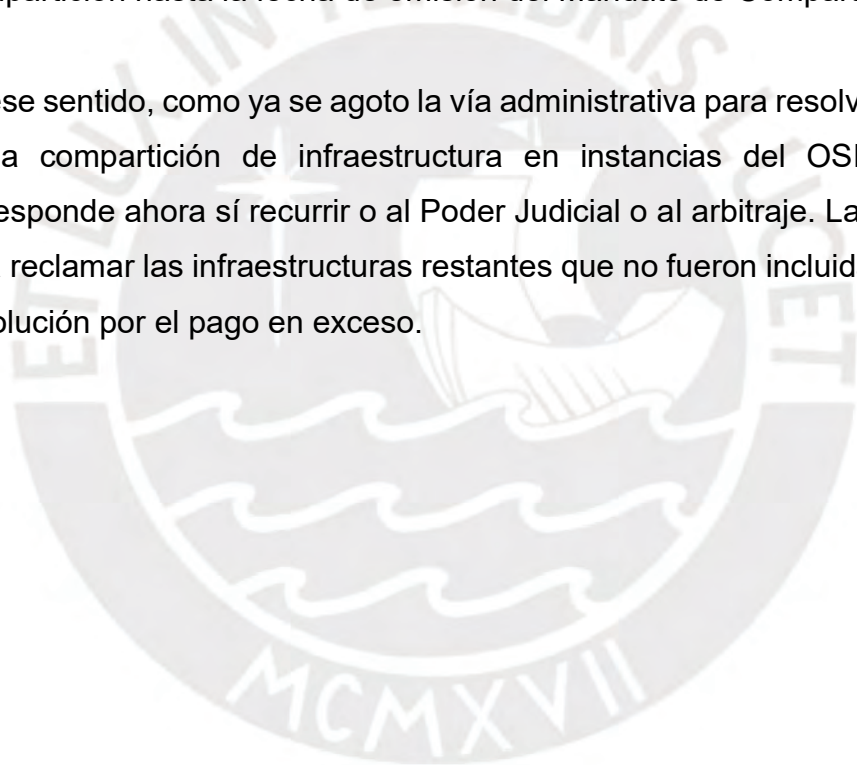
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

En referencia a Resolución del Tribunal de Solución de Controversias No. 00026-2020-TSC/OSIPTEL, es pertinente precisar que es el último recurso por vía administrativa, si bien se logró resolver a favor de Azteca, especialmente en la primera pretensión principal que se declara fundada

en parte la contraprestación fijada en el Anexo No. 1 de Contrato de Compartición. El problema radica que del número total de infraestructura (4030) reclamadas, menos de la mitad ha sido a favor de la empresa de telecomunicaciones.

Asimismo, se puede evidenciar que no termina de resolver la otra pretensión accesoria presentada por la empresa de telecomunicaciones, la cual 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 el uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición.

En ese sentido, como ya se agoto la vía administrativa para resolver el caso de la compartición de infraestructura en instancias del OSIPTEL, le corresponde ahora sí recurrir o al Poder Judicial o al arbitraje. La lógica es para reclamar las infraestructuras restantes que no fueron incluidas para la devolución por el pago en exceso.



VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Es el fuero arbitral la vía idónea para resolver las disputas surgidas por la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura en los servicios públicos de telecomunicaciones presentes en un Contrato de Compartición?

El primer problema jurídico clave implica establecer si las disputas surgidas por diferencias en las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura eléctrica en el contexto de un Contrato de Compartición pueden ser resueltas mediante arbitraje. Para abordar esta cuestión, en primer lugar, se examinará si la controversia en cuestión es arbitrable según lo estipulado en la Ley de Arbitraje y las normativas que regulan las competencias del OSIPTEL. Además, en el contexto específico del caso, se evaluará si la decisión del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia obliga a las autoridades encargadas de resolver disputas del OSIPTEL a decidir sobre una objeción al convenio arbitral, conforme a lo establecido por el Cuerpo Colegiado.

2. PROBLEMA SECUNDARIO: ¿Es materia arbitrable resolver la disputa derivada de la controversia por las contraprestaciones por acceso y uso de infraestructura en un Contrato de Compartición?

2.1. Definición de Arbitraje:

Cuando se refieren a los mecanismos de solución de conflictos con relevancia en el mundo jurídico, no se puede dejar de lado al arbitraje, ya que es uno de los principales medios alternativos para la solución de conflictos (comúnmente conocidos como “MARC’s”). De acuerdo a La Rosa y Rivas, el arbitraje es un método para resolver disputas donde las partes involucradas confían una controversia específica a terceros, escogidos por ellas, para que expidan una decisión vinculante (2018, p. 44).

En esa línea, dichos autores mencionan que dicha definición comprende ciertos elementos, los cuales son los siguientes:

- Controversia: el arbitraje implica la presencia de un conflicto. Sin embargo, no todos los conflictos pueden someterse a este medio; solo aquellos que se consideran “materia arbitrable”.
- Acuerdo: para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, es esencial que las partes hayan expresado su consentimiento para someterse a este proceso. De acuerdo a Dannon, hay un acuerdo de voluntades que se plasma en un “convenio arbitral”, el cual puede ser actual o futuro y que puede ser pactado tanto en un contrato o de manera separada (2020, p. 62-63).

Asimismo, como indica Barchi Velaochaga, citado en Dannon, el convenio arbitral es un acto plurilateral y, por ende, no es un acto jurídico unilateral, sino que necesita por lo menos la participación de dos voluntades (2018, p. 63). De la misma forma, el autor va en la misma línea con el artículo 13 del DL 1071, en el cual las partes manifiestan de manera libre y voluntaria someter sus disputas o algunas controversias específicas que hayan surgido o que puedan surgir a futuro entre ellas en relación con una determinada relación jurídica; esta última puede ser contractual o de otro índole.

Dicho dispositivo normativo indica que tiene que estar registrada en un escrito de manera explícita, la cual puede estar presente que puede ser parte de un contrato mediante una cláusula o puede estar excluida en un documento independiente.

En esa misma línea, se puede apreciar que nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 11 del Expediente 6167-2005-PHC/TC, reconoce la naturaleza contractual y menciona que la jurisdicción arbitral establece mediante la constitución de un Tribunal Arbitral en virtual de la manifestación de la voluntad de las partes procesales reflejada en el convenio arbitral, no se limita a

las cláusulas contractuales ni a lo dispuesto en el DL 1071. En cambio, se erige como una sede jurisdiccional consagrada constitucionalmente, con plena autonomía y la obligación de salvaguardar los derechos fundamentales.

Entonces, en el presente expediente se observa que el supremo intérprete de la Constitución toma en cuenta que el único aspecto de relevancia constitucional en el convenio arbitral es la libertad contractual.

- Terceros designados por las partes involucradas: como menciona La Rosa y Rivas, dicho mecanismo implica la intervención de terceros designados por las partes, quienes asumen el papel de juzgadores, evaluando y resolviendo la controversia. Estos terceros se conocen como "árbitros" (2018, p. 115).
- Decisión vinculante: Como se mencionó anteriormente, los árbitros examinan y deciden sobre la controversia que se les ha presentado. La solución proporcionada por ellos es "vinculante". Las partes que se someten al arbitraje aceptan la decisión de los árbitros, la cual debe ser acatada. Esta decisión de los árbitros se llama "laudo" (La Rosa & Rivas, 2018, p. 116).

2.2. Naturaleza jurídica de la jurisdicción arbitral:

Tanto en el plano jurisdiccional como en el doctrinario se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

Por un lado, nuestro Tribunal Constitucional mediante el Expediente 6167-2005-PHC/TC ha hecho mención al inciso 1 del artículo 139 de la Constitución, el cual se refiere a los principios y derechos de la función jurisdiccional. En esa línea, la Constitución ha establecido que, como norma general, corresponde exclusivamente al Poder Judicial la responsabilidad de resolver los diferentes tipos de conflictos jurídicos por

un tema de principio de unidad. Además, se prohíbe al legislador otorgar la potestad jurisdiccional a entidades que no formen parte del Poder Judicial (principio de exclusividad) (fundamento 5).

No obstante, nuestra Carta Magna reconoce el carácter excepcional de la jurisdicción arbitral, permitiendo que en el contexto actual, los individuos puedan acudir tanto a los tribunales estatales como a una jurisdicción privada para buscar justicia.

Por otro lado, a nivel doctrinario se ha discutido mucho sobre dicho tema. Actualmente hay tres vertientes sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

Como explica Dannon, la primera teoría clásica es privatista, la cual consiste en equiparar el arbitraje a un contrato, especialmente al convenio arbitral. Además, identifican una similitud esencial en la base del contrato y del arbitraje: la autonomía de la voluntad (2020, p. 61).

La segunda teoría se conoce como publicista o jurisdiccional, la cual es una tesis contraria a la primera. Su argumento principal de esta perspectiva se basa en los atributos que el ordenamiento jurídico confiere al arbitraje, en particular, la autoridad de cosa juzgada del laudo. Aunque la jurisdicción arbitral comienza por la voluntad de las partes, su eficacia depende del ordenamiento jurídico. Además, como menciona Ledesma, citado en Dannon, se sostiene que los árbitros desempeñan funciones jurisdiccionales públicas en tanto ellos son convocados para estudiar y resolver el caso en particular; por lo tanto, se le asigna facultades específicas (2020, p. 61-62). Por consiguiente, considera que la autonomía de la voluntad no tiene tanta relevancia, ya que el valor principal es la administración de justicia.

Cabe precisar que nuestro ordenamiento jurídico se inclina más por dicha tesis y se evidencia en el fundamento 11 del caso Cantuarias al reconocer los efectos o la función jurisdiccional del arbitraje, sino que también afirmó que su origen se encuentra en el inciso 24 del artículo 2 y su límite en el artículo 139 de nuestra Carta Magna.

Por último, pero no menos importante se encuentra la tesis mixta, la cual concibe al arbitraje como una institución de naturaleza contractual que tiene efectos jurisdiccionales. Esta teoría sostiene que los elementos de interacción con la jurisprudencia ordinaria, ya sea en forma de colaborar, subsidiar o revisar, señala que el arbitraje no constituye una jurisdicción en sí misma, sino que tiene un rango menor. No obstante, es más que un simple contrato, debido a que cumple una función pública y se le aplican ciertas garantías procedimentales. Como indica Quiroga León, citado en Dannon, que a pesar que el origen del arbitraje es contractual, su utilidad sería limitada sin el respaldo legal que le confiere los efectos jurisdiccionales (2020, p. 62).

2.3. Límites del arbitraje:

Cuando se hace mención a dicho punto, uno puede percibir que todas las controversias pueden verse en arbitraje. Sin embargo, la realidad es otra, ya que tiene un alcance limitado en cuanto a las materias que pueden resolver. En este caso, el alcance se restringe a lo que se denomina materia arbitrables.

El arbitraje, fundamentado en la voluntad de las partes, se legitima tanto en su procedimiento como en la decisión final que resuelve la controversia, gracias a la confianza depositada por las partes involucradas en este mecanismo y en sus resultados. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, la autonomía de las partes tiene límites, ya que no todos los derechos son renunciables ni todas las controversias pueden ser sometidas a arbitraje (La Rosa y Rivas, 2018, p. 118).

En ese sentido, un punto fundamental son las materias susceptibles de dicho mecanismo, el cual se encuentra presente en el artículo 2 del DL 1071. En dicho precepto normativo menciona que pueden ser sometidas a arbitraje las controversias relativas a materias de libre disposición

conforme a la ley, así como aquellas que estén autorizadas por la normativa nacional, los tratados o los acuerdos internacionales.

Sin embargo, se puede apreciar en el citado artículo que es la palabra “libre disposición” puede ser interpretado de manera equívoca al ser muy amplio el concepto. Por lo tanto, concuerdo mucho la lectura que hace Castillo y Sabroso, citado en Bullard, en el cual explican de manera concisa que uno de los errores que se puede cometer al analizar casos de arbitrabilidad en el sector regulatorio es que algunos ministerios como el MTC no pueden establecer los temas materia de arbitraje (2010, p. 312).

Entonces, es pertinente señalar que no es competencia de la entidad estatal (en su papel de concedente) ni de la empresa concesionaria de disponer de manera libre sobre asuntos regulatorios, mucho menos en temas relacionados al alcance y/o contenido de la leyes. Asimismo, se ve que tampoco tienen la potestad de otorgar a un tercero como a un Tribunal Arbitral para establecer su alcance.

No obstante, hay ciertas materias que son competencia exclusiva de la Administración Pública, las cuales se van a examinar con más detenimiento.

2.4. Conveniencia del arbitraje para el caso en concreto:

En lo que respecta al tema de la competencia de exclusividad sobre la materia, darles facultades al tribunal arbitral significa que este obtiene exclusivamente la autoridad para resolver el conflicto. Este carácter "exclusivo" implica que ninguna otra autoridad puede intervenir en la resolución de la controversia que ya está bajo la competencia del tribunal arbitral (La Rosa y Rivas, 2018, p. 127).

Por lo tanto, la exclusividad de la competencia del tribunal arbitral resulta en que una misma controversia no puede ser tratada simultáneamente en un arbitraje y en el Poder Judicial u otros tribunales como sucede en los procedimientos administrativos trilaterales. Por lo tanto, en última instancia, responde a la voluntad de las partes procesales.

Sin embargo, en el caso en concreto de Azteca con ENEL uno se puede percatar que en el derecho administrativo existen otros mecanismos para resolver las controversias.

En ese sentido, hay que tener en cuenta que la solución de controversias se encuentra presente en el literal e) del artículo 3.1 de la Ley No 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos en Perú.

Se evidencia la capacidad de los organismos reguladores para resolver las controversias entre las concesionarias, la cual es imprescindible para salvaguardar la correcta aplicación de la normativa y para asegurar que las inversiones y operaciones de los servicios públicos transcurran de forma justa y equitativa. Dicha disposición brinda a los entes reguladores un papel crucial en la mediación y resolución de disputas, ya que su finalidad es encontrar el equilibrio entre los intereses contrapuestos. Incluso, es un recurso adicional que tienen los individuos frente al sistema judicial por el expertise en los procesos regulatorios.

Por lo tanto, es vital tomar en cuenta la normativa específica aplicable a cada sector regulador para comprender a cabalidad como se aplica esta función en la práctica.

En el caso en específico del acceso y uso compartido, se aprecia que OSIPTEL tiene competencias exclusivas sobre la materia. En esa línea, en el artículo 4 del Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, aprobado mediante Resolución de CD No. 001-95-CD-OSIPTEL (en adelante, el RGSC). En este punto, hay que recordar que estamos frente a un caso de interpretación respecto a las

retribuciones que se aplican mensualmente por el arrendamiento de la estructura eléctrica.

Por consiguiente, se evidencia que hay que el OSIPTEL está facultado y que pueden tratarse, de los cuales resalta las controversias relacionadas con tarifas, acuerdos de distribución, así como los casos relacionados con aspectos técnicos de acuerdo al sector de las telecomunicaciones.

En esa misma línea, se observa en el artículo 36 de la Ley No. 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, la Ley de Desarrollo del OSIPTEL) establece la potestad del organismo regulador para intervenir en las materias controversiales antes mencionadas, en especial cuando estas se encuentran vinculadas con el interés general en el sector de las telecomunicaciones. Esto incluye disputas derivadas de acciones u omisiones que pueden tener considerarse externalidades negativas para el mercado. Asimismo, es pertinente señalar que dicha disposición normativa es amplia y permite que OSIPTEL actúe, incluso, si únicamente uno de los participantes es una empresa operadora de telecomunicaciones.

La relevancia de este artículo radica en que otorga a dicho ente un mandato claro para asegurar el funcionamiento justo y eficiente de su sector, protegiendo no solo la integridad del mercado de las empresas operadoras como de otros sectores como el eléctrico o hidrocarburos en su totalidad.

Asimismo, otro dispositivo normativo que debe leerse de manera conjunta por su relevancia en el caso es el artículo 55 del RGO. En dicho dispositivo normativo, se puede apreciar que determina que las empresas operadoras podrán aplicar sus controversias a arbitraje, a excepción de materias no arbitrables. En ese mismo artículo, en líneas posteriores, indica claramente que se consideran no arbitrables aquellas materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones soberanas del Estado, específicamente las relacionadas con el cumplimiento de las funciones que corresponden a OSIPTEL.

Por lo anteriormente mencionado, se deduce que el cumplimiento de las funciones del OSIPTEL, incluida la función de resolución de controversias, no es susceptible de arbitraje. En esa lógica, la misma normativa expresa de forma clara y concisa que hay algunas materias que pueden someterse a arbitraje y otras que están restringidas netamente al *ius imperium* del Estado peruano.

Entonces, se ha podido evidenciar que la postura de ENEL sobre la incompetencia del regulador para resolver el caso en cuestión es errónea, ya que en simultánea veces se ha observado que tanto la leyes y otras normas infra si han demostrado que la controversia si tenia que ser visto por vía administrativa. Más aún porque estamos frente a un caso de necesidad pública e interés nacional como lo señala la LBA y su reglamento.

En esa línea de idea, se considera que el mismo legislador ha revestido al OSIPTEL la competencia exclusiva en materia de compartición de infraestructura. La razón de ser, como se indico lineas arriba, se debe a que esta presente el factor de interés general, lo cual hace necesario el despliegue de suficiente redes a nivel nacional para cumplir con el Proyecto de RDNFO que se le ha encomendado a Azteca.

A modo de síntesis, se puede apreciar que estamos ante un caso, en el cual ya ha sido delimitado por la misma normativa, en la cual facultan a los organismos reguladores a resolver determinadas controversias y un claro ejemplo de esto se ve en el Reglamento que indica de manera explícita las materias controversiales, en el cual puede estudiar y tomar decisión. Por lo tanto, ya no sería conveniente recurrir al fuero arbitral para resolver dicha controversia de compartición de infraestructura eléctrica.

3. PROBLEMA SECUNDARIO: ¿Es el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL el ente competente para ordenar a ENEL la devolución por el pago en exceso de Azteca?

Desde que sucedió el proceso de privatización de las empresas del sector eléctrico y telecomunicaciones en la década de 1990, se condujo al surgimiento de organismos reguladores destinados a fomentar la inversión en la prestación de servicios públicos básicos y garantizando de esta manera su sostenibilidad, confiabilidad y alta calidad a favor de los usuarios.

Como menciona Mendoza, estamos frente a un escenario, en el cual hay una necesidad de regular dichas actividades, debido al surgimiento de las fallas de mercado presentes en servicios que, dada su naturaleza, tienden a ser prestados por monopolios u oligopolios. Por dicha razón es que, por medio de un conjunto de normas específicas, comúnmente conocidas como "regulación", se pretende emular las condiciones que se darían en un mercado de competencia perfecta (2008, p. 254).

En la Ley No. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se establece el marco legal de los cuatro organismos reguladores actualmente en funcionamiento. De acuerdo a la literal e) del numeral 3.1 de dicha normativa, una de las principales responsabilidades que desempeñan estos organismos reguladores es la función de solución de conflictos. Esta tarea abarca la capacidad de reconciliar intereses opuestos entre entidades o empresas dentro de su competencia, así como entre estas entidades y sus usuarios, o resolver disputas entre ellos, ya sea reconociendo o descartando los derechos en cuestión.

De acuerdo con Decreto Legislativo No 702, OSIPTEL es el organismo regulador en el ámbito de las telecomunicaciones que tiene la responsabilidad de promover un entorno de competencia justa y libre para el desarrollo de este servicio público. Entonces, tiene la autoridad para resolver de manera administrativa cualquier disputa que surja entre las empresas operadoras.

En este contexto, tal labor es llevada a cabo por los Cuerpos Colegiados (en adelante, CCO) en primera instancia y por el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) en segunda y última instancia administrativa, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, y el artículo 22 del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL. Este marco normativo establece que, además de las disputas detalladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, que representa el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, que aborda la gradual desmonopolización de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL cuenta con la facultad para intervenir en cualquier conflicto surgido a raíz de acciones u omisiones que puedan impactar el mercado de los servicios públicos telefónicos; incluso si solo una parte involucrada es una empresa operadora en dicho sector.

3.1. Competencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones en materia de compartición de infraestructura:

Cuando nos referimos a la competencia que tiene el regulador en telecomunicaciones, no solo nos referimos a su función supervisora y sancionadora, sino también la de solución de controversias.

3.1.1. La función supervisora:

Según en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley No. 27332 (en adelante, Ley Marco de Organismos Reguladores), concibe a la función supervisora como la capacidad de corroborar que las entidades o actividades supervisadas cumplan con sus obligaciones legales, contractuales o técnicas, así como con cualquier mandato o resolución emitida por el regulador u otras obligaciones que les correspondan. Por lo tanto, refleja que los organismos reguladores son los que se encargan de

verificar que se cumpla con lo estipulado en las materias de su competencia.

Aterrizando al tema en concreto, dicho precepto normativo tiene que ser analizado de forma sistemática con la LBA. En esta última norma se indica de manera expresa que el regulador es el encargado de garantizar el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente norma – referentes a la compartición de infraestructura – para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias.

Entonces, en ambas fuentes normativas se identifica que OSIPTEL es el responsable de asegurar el cumplimiento de las reglas en dicha materia y, por ende, se encuentra facultado para emitir determinadas disposiciones que sean necesarias. En esa misma línea se centra el Reglamento de LBA, ya que se enfoca que tanto las operadoras de telecomunicaciones como las empresas distribuidoras de energía respeten la decisión sobre compartición de infraestructura de acuerdo con lo establecido la norma en cuestión.

Asimismo, otra norma fundamental para tener en consideración la acción de supervisión de dicha entidad es la Ley No. 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, ya que dispone que, en cualquier forma, con el propósito de verificar el cumplimiento de las obligaciones, resoluciones o mandatos mencionados en la supervisión.

Por lo anteriormente expuesto, se pone en evidencia que una de las funciones del regulador es supervisión, incluso cuando estamos frente a una controversia relacionada al acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica.

3.1.2. La función de solución de controversias:

En lo referente a dicha función se comprende a la capacidad de mediar en intereses conflictivos entre entidades o empresas dentro de su jurisdicción, así como entre estas y sus usuarios, y de resolver disputas surgidas entre ellos, ya sea reconociendo o rechazando los derechos reclamados (inciso e) del artículo 3 de la Ley de Organismos Reguladores). Por lo tanto, se evidencia claramente que OSIPTEL tiene la competencia para resolver las controversias dentro de las potestades que se les ha encargado. Por lo tanto, es por medio de la vía administrativa que podrá resolver o conciliar el conflicto en cuestión.

Teniendo en cuenta los eventos detallados en este informe, es pertinente referirse al ámbito de autoridad que tiene la Administración Pública, con especial énfasis en su función de resolver disputas, con la finalidad de determinar si dicho marco constituye una limitación para la posibilidad de llevar ciertos asuntos relacionados con el acceso y uso de infraestructura a arbitraje o si es conveniente resolverlo por un procedimiento administrativo trilateral.

En ese sentido, se puede apreciar que las instancias competentes para resolver las materias por medio de un procedimiento administrativo trilateral son el CCO y el TSC como se indicó líneas arriba. Entonces, se establece que la competencia de OSIPTEL incluye la evaluación de cualquier controversia derivada de acciones u omisiones que puedan impactar el mercado de servicios de telecomunicaciones, incluso si solo una de las partes involucradas tiene la condición de empresa operadora. Este punto es relevante dado que la disputa actual involucra a una empresa de distribución de energía (ENEL).

Además, de acuerdo con lo establecido en la sección f) del artículo 53 del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante referido como el RGO), se han

especificado los conflictos que caen bajo la jurisdicción de esta entidad reguladora, los cuales abarcan aquellas situaciones relacionadas con el acceso y el uso compartido de infraestructuras de uso público para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, el artículo 55 del RGO establece que el procedimiento administrativo previo es obligatorio y de exclusiva competencia del OSIPTEL. Esta obligación debe interpretarse en conjunto con lo dispuesto en el artículo 74 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), que establece que la competencia administrativa es inalienable y que solo por disposición expresa de la ley o de un mandato judicial específico, en un caso particular, se puede exigir a una autoridad que no ejerza alguna de sus atribuciones administrativas.

3.1.2.1. Procedimiento administrativo trilateral:

En los últimos años, la función de resolver conflictos asignada a la Administración ha cambiado, distanciándose gradualmente de los métodos de arbitraje voluntario.

De acuerdo al artículo 229 del Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, se entiende por el procedimiento administrativo trilateral (en adelante, PAT) como el proceso administrativo contencioso entre dos o más partes (pueden ser públicas o privadas) ante entidades de la administración. En esa misma línea, Morón menciona que este tipo de procedimiento, llevado a cabo en el ámbito de la Administración Pública, está destinado a resolver conflictos de intereses surgidos en relación con la actividad pública o asuntos de interés general. Entonces, la autoridad actúa como instructor de la causa, con facultades propias de la jurisdicción retenida. A través de este procedimiento, la entidad tiene la autoridad

para investigar, instruir y resolver el conflicto (Danós, J. & et al, 2001, p. 329-330).

Para Mairal (2014), citado en Zegarra, existen múltiples razones que respaldan la asignación de la resolución de disputas a organismos administrativos. Algunas de estas razones incluyen la necesidad de especialización técnica para tomar decisiones adecuadas y la importancia de garantizar una resolución rápida de casos menores que no requieren el formato completo de un proceso judicial (p. 12).

Dado su carácter de segunda instancia administrativa, el TSC también está facultado para decidir sobre apelaciones dirigidas a resoluciones que no sean la decisión final emitida por los CCO. Esto incluye medidas cautelares, declaraciones sobre la divulgación de información como no reservada, objeciones procesales, rechazos de intervención de terceros y sanciones impuestas durante el proceso de resolución de una disputa.

3.1.2.2. Agotamiento de la vía administrativa:

Como ya se ha mencionado líneas arriba, con el TSC se agota la vía administrativa. Dicha información está regulado que conforme al artículo 145 de la LPAG, antes de recurrir al contencioso administrativo, es necesario haber agotado todos los recursos y los procedimientos administrativos disponibles. En esa línea, lo que explica dicho artículo es que se puede recurrir al procedimiento del contencioso administrativo, siempre y cuando los actos administrativos hayan puesto fin a dicha vía y una vez que también hayan sido impugnados en instancias del OSIPTEL y que se hayan resuelto por estos medios.

Asimismo, otro de las opciones que tiene Azteca para poder resolver su reclamación es el arbitraje. Conviene precisar que anteriormente no se podía recurrir por este mecanismo de solución de controversias, ya

que era un tema regulatorio y de competencia exclusiva de las instancias del OSIPTEL.

Por lo tanto, en el caso específico del caso de compartición de infraestructura, si ambas partes están de acuerdo a someterse a arbitraje después de que el TSC del OSIPTEL haya emitido su resolución, pueden optar por esta vía. Además, el arbitraje ofrece una alternativa para resolver disputas de manera célere, ágil y especializada fuera del ámbito judicial tradicional, que puede demorar mucho más tiempo que el arbitraje.

4. PROBLEMA SECUNDARIO: ¿Cuáles son los medios que tiene OSIPTEL para hacer cumplir sus resoluciones?

Cuando uno se refiere a la capacidad que tiene la Administración Pública para hacer cumplir sus resoluciones, nos remitimos a una de las funciones vitales e imprescindibles que se le asignado. En ese marco, otra de las funciones que tiene el OSIPTEL como regulador es la fiscalizadora y sancionadora. De acuerdo al inciso d) del artículo 3 de la Ley Marco de Organismo Reguladores, se la entiende como la capacidad que de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia cuando se incumplen obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como aquellas establecidas en los contratos de concesión por los concesionarios.

4.1. Facultad para imponer sanciones del OSIPTEL:

En el artículo 61 del RLBA evidencia expresamente que OSIPTEL se encuentra facultado para imponer sanciones a las empresas operadoras de servicios públicos por incumplir en materia de compartición de infraestructura.

En relación con eso, el mismo precepto normativo indica que el regulador puede aplicar sanciones tanto a las empresas que brindar servicios de telecomunicaciones, como a las empresas que brindar otros servicios públicos. En el presente caso, se considera que la Administración Pública, en

conformidad con su capacidad de *ius puniendi*, puede sancionar a ENEL en el supuesto de no acatar con lo establecido en las normas, ya que se puede observar que ya hay un hecho imponible presente en la Ley de Banda Ancha y su reglamento y en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanción, Resolución de Consejo Directivo No. 087-2013-CD-OSIPTTEL (en adelante, RFIS). Conviene mencionar que el OSIPTTEL solo puede actuar dentro de las competencias establecidas en Ley de Banda Ancha, su reglamento e, incluso, otras normas reglamentarias que se encuentren estrechamente relacionada a dicha materia.

4.2. Infracción por no acatamiento de la resolución:

OSIPTTEL tiene diversas facultades y medios para hacer cumplir sus resoluciones, de las cuales una de ellas es imponer sanciones en dicha materia según el artículo 32 del Reglamento LBA.

En la última resolución dictaminada por el TSC se evidencia que el ente regulador ha resuelto el caso y ha dictado ciertas obligaciones que deben ser cumplidas por ENEL. En ese sentido, se aprecia nuevamente que el OSIPTTEL es la autoridad competente encargado de asegurar el cumplimiento de dicha norma, garantizando el acceso y uso compartido de infraestructura; por lo tanto, puede emitir disposiciones específicas que sean propicias para ello (artículo 20 del DL1019).

Por un lado, se encuentra el escenario de las multas coercitivas, el regulador podrá tipificar otras acciones o conductas que contravengan a esta norma. De acuerdo al artículo 29 del RIFS, dicha entidad se encuentra facultada para imponer dicha medida, puesto que es un medio de ejecución forzosa, la cual tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de los actos administrativos emitidos por aquel ente, incluyendo los mandatos de compartición de infraestructura. Es oportuno señalar que tiene carácter sancionador y, por ende, es independiente de las sanciones o medidas correctivas que puedan imponerse a las empresas prestadoras de servicios públicos.

Por otro lado, en relación a las infracciones, se puede ver con más detenimiento en el numeral 1) del artículo 19 del Decreto Legislativo No. 1019, norma que aprueba Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, DL 1019).

Según dicho dispositivo normativo se entiende de manera expresa que en el supuesto que se niegue ejecutar el Mandato de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura emitido por OSIPTEL, estamos frente a una infracción muy grave. Incluso, aquel artículo del DL 1019 determina que el OSIPTEL, como parte de su competencia en dicha materia, puede tipificar otras acciones que transgredan dicha norma y que calcen como infracción muy grave, grave o leve. También podrá definir los criterios para establecer tanto la infracción y la graduación de las multas, así como sanciones administrativas respectivamente.

Entonces, no solo se puede considerar una infracción muy grave, sino que el regulador puede imponer a la par sanciones administrativas. En ese sentido, en el artículo 31 indica que el supuesto que se incumpla la LBA y su reglamento, las sanciones pueden variar desde:

- a) La multa
- b) La suspensión del derecho al uso y acceso a la infraestructura
- c) El decomiso de bienes

Conviene precisar que en el caso en concreto, los competentes para imponer las sanciones de acuerdo a la normativa mencionada, es el Cuerpo Colegiado, como primera instancia, y como última y segunda instancia le corresponde al TSC analizar si dichas infracciones u otras medidas son adecuadas y van acorde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Asimismo, otro punto a tomar en consideración en dicho caso, la aplicación de la segunda como la tercera sanción, ya que no sería proporcional, en tanto la empresa distribuidora de energía no está negando al acceso y uso de su

infraestructura. Tampoco se ha evidencia que dicha en el transcurso de los años se haya habido algún tipo de impedimento por el arrendamiento. Por consiguiente, no habría sido recomendado que se le imponga alguna de estas sanciones administrativas en alguna de las resoluciones del CCO.

Además, es importante considerar que, hasta la fecha, OSIPTEL no ha impuesto sanciones administrativas significativas como la suspensión o el decomiso a las empresas eléctricas por incumplir mandatos de compartición debido a varias razones. Una de las principales razones es la separación regulatoria entre los sectores eléctrico y de telecomunicaciones en el Perú.

En esa línea, como se ha evidencia párrafos anteriores, el OSIPTEL regula principalmente los servicios públicos de telecomunicaciones (algunas excepciones como es el caso de la compartición de infraestructura), mientras que la función supervisora, normativa, sancionadora, entre otros; recae en OSINERGMIN. Dicha separación regulatoria puede restringir la capacidad directa de OSIPTEL para supervisar la compartición de infraestructura por parte de las empresas eléctricas. Incluso, en la normativa específica sobre la materia no se desarrolla detalladamente o no es muy claro en otros sectores que no sea de telecomunicaciones, lo cual dificulta la aplicación uniforme de sanciones para empresas que no pertenecen a este sector regulado.

Por consiguiente, la ausencia de antecedentes de sanciones administrativas significativas a empresas eléctricas por parte de OSIPTEL podría atribuirse a estas disparidades regulatorias, así como a la necesidad de mejorar y clarificar las normativas concernientes a la compartición de infraestructura.

En resumen, se ha demostrado que el organismo regulador de telecomunicaciones cuenta con diversas facultades y medios para hacer cumplir sus resoluciones, incluyendo la imposición de sanciones según el artículo 32 del Reglamento LBA. En la reciente resolución del TSC, se ha dictado que ENEL debe cumplir con ciertas obligaciones, destacando así la

competencia de OSIPTEL para garantizar el acceso y uso compartido de infraestructura. En esa línea de ideas, se ha apreciado que el regulador si pudo haber impuesto sanciones a la empresa eléctrica (multas coercitivas, sanciones administrativas, entre otros), asegurando el cumplimiento de los actos administrativos y tipificando como infracción muy grave en el supuesto que haya hecho caso omiso al mandato de compartición. Dichas sanciones pueden ir desde multas y suspensión del derecho de uso y acceso a la infraestructura, hasta el decomiso de bienes. No obstante, es menester que la imposición de sanciones es responsabilidad del Cuerpo Colegiado como primera instancia administrativa, las cuales tienen que ser proporcional a la infracción.

4.3. Limitaciones en la ejecución de multas coercitivas en el procedimiento administrativo trilateral:

En el contexto peruano, la ejecución de multas coercitivas en acceso y uso compartido de infraestructura dentro del procedimiento administrativo trilateral puede enfrentar varias limitaciones.

Entonces, se observa que pueden surgir algunos inconvenientes respecto a dicha materia, ya que estamos frente a dos servicios públicos distintos. En ese sentido, es pertinente recordar que cada sector se encuentra regulado de distinta manera; ya que cada uno tiene ya establecido sus aspectos normativos, técnicos e, incluso, operativos. Por tal motivo, el asunto en cuestión sería mucho más sencillo si solo fuese empresas de un mismo rubro, pero se evidencia que una de ellas es una empresa eléctrica, ENEL.

Si bien es cierto que la normativa le ha dado algunas facilidades al OSIPTEL para imponer sanciones, esto no excluye que puedan generar controversias en el sector eléctrico y más aún si es un sector regulado por OSINERGMIN. Un claro ejemplo de esto se denota en el artículo 33 del RLBA; pues indica que el regulador de telecomunicaciones, dentro de su función de supervisión,

puede sancionar a las empresas aún cuando una de las partes no sea un operador de telecomunicaciones.

Desde otro ángulo, otra limitante es la capacidad de fiscalización por parte de la entidad reguladora. A pesar de los avances que se han dado respecto a este punto, aún hay ciertas ambivalencias y mejorar por realizar por parte del OSIPTEL. Considerando eso, se ha evidenciado por medio de sus informes técnicos del organismo que carece de recursos suficientes (personal, técnico, correcta implementación de los métodos, entre otros) para una supervisión efectiva.

Además de eso, otro de las limitaciones y ya centrandonos en los procedimientos administrativos trilaterales, se ha podido evidenciar que en estos casos pueden ser complejos y prolongados. En relación a eso, puede que se retrase la ejecución de las multas y de esta manera también se pueda reducir la efectividad a la que esta destinada dicha sanción.

A modo de síntesis, la efectividad de las multas coercitivas en el acceso y uso compartido de infraestructura en el procedimiento administrativo trilateral en Perú enfrenta varias limitaciones normativas y prácticas. Aunque los dispositivos normativos en dicha materia establezcan un marco para su aplicación, la resistencia de las empresas, la capacidad limitada de fiscalización y la complejidad de los procedimientos administrativos son obstáculos significativos.

CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

En lo referente al primer problema jurídico principal, se ha podido apreciar que el fuero arbitral no es la vía idónea para resolver las disputas surgidas por la contraprestación por la compartición de infraestructura. Entonces, es un asunto que debe resolverse en la vía administrativa, ya que es una competencia ya previamente asignada por ley al OSIPTEL.

Respecto a la primera pregunta secundaria, a lo largo del trabajo de investigación se observa que nos encontramos ante un caso en el que la normativa ya ha delimitado que los organismos reguladores tienen la facultad de resolver ciertas controversias. Un claro ejemplo de esto se encuentra en el Reglamento de LBA, que indica explícitamente las materias controversiales que pueden ser estudiadas y decididas solo pueden analizadas por estos reguladores. Asimismo, si bien cierto que el DL 1071 hace referencia a que las materias arbitrables son de “libre disposición”, no quiere decir que tenga que leerse de manera extensiva, haciendo una interpretación errónea respecto a ciertas competencias previas y exclusivas que ya se le había asignado al OSIPTEL. Por lo tanto, no sería conveniente recurrir al arbitraje para resolver la controversia.

Por otro lado, en cuanto al segundo problema secundario, se ha evidenciado que el TSC sí es el ente competente para ordenar a ENEL la devolución por el pago en exceso, ya que, si bien la empresa eléctrica no es parte del sector de las telecomunicaciones, se le extiende dicha obligación en tanto la LBA y su reglamento como otras normas infra legales le asigna la competencia para resolver disputas en dicha materia. Sin embargo, cabe precisar que al ser este la última instancia, y al no haber tenido los resultados favorables que se esperaba por parte de Azteca, recién a partir de este punto podría recurrirse al procedimiento contencioso administrativo o a arbitraje para resolver las infraestructuras que no han sido consideradas en la devolución.

En relación con el tercer problema secundario, se ha demostrado que el organismo regulador de telecomunicaciones posee diversas facultades y medios para hacer cumplir sus resoluciones, incluyendo la imposición de sanciones administrativas y/o multas. En una reciente resolución del TSC, se ha dictado que ENEL debe cumplir con ciertas obligaciones, destacando la competencia de OSIPTEL para garantizar el acceso y uso compartido de infraestructura. En este contexto, se ha observado que el regulador pudo haber impuesto sanciones por el CCO (en primera instancia administrativa) a la empresa eléctrica (multas coercitivas, sanciones administrativas, entre otras), asegurando el cumplimiento de los actos administrativos y tipificando como infracción muy grave el incumplimiento del mandato de compartición.

Cabe precisar que si bien es cierto que OSIPTEL tiene competencia exclusiva para sancionar a los administrados que no acaten el mandato de compartición u otras disposiciones normativas relacionadas a la compartición de infraestructura. El problema radica en que la normativa específica no está detalladamente desarrollada ni es clara en sectores distintos (como eléctrico) al de las telecomunicaciones, lo que complica la aplicación uniforme de sanciones a empresas que no pertenecen a este sector regulado.

Finalmente, este último punto es más que todo una recomendación para como una forma de exigir a la empresa distribuidora de energía, ya que el dictamen si bien es cierto ha favorecido en parte a Azteca; no quita el hecho que ENEL haga caso omiso o sea resistente a cumplir con la obligación de devolver el monto pagado en exceso por la contraprestación periódica.

BIBLIOGRAFÍA:

- Bullard, A. (2010). "El Estado soy yo" Arbitraje y regulación: ¿son los arbitros los nuevos reguladores?. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, pp. 301-367. https://iea.ec/pdfs/2011/Art_Alfredo_Bullard.pdf
- Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Derecho PUCP*, (71), 387-411. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.014>
- Cantuarias Salaverry, F. (1995). El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje, ley 26572. *Derecho PUCP*, (49), 237-261. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199501.012>
- Dannon Alva, A. (2020). Una aproximación a los convenios arbitrales asimétricos: intuiciones sobre su tratamiento legal en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (77), 59-97. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.003>
- La Rosa, J., & Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170690>
- Mendonza, A. (2005). La obligación de interconexión de redes de telecomunicaciones: fuentes, contenido y resolución de conflictos. *Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha*. <https://ruidera.uclm.es/server/api/core/bitstreams/314a7616-0aec-4750-b297-ce59cf06605f/content>
- Mendoza Antonioli, D. (2008). El Procedimiento de Solución de Controversias entre Empresas de Telecomunicaciones. *Revista De Derecho Administrativo*, (5), 254-261. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14503>
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2022). Informe Final del Grupo de Trabajo Sectorial Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4114391/RDNFO%20GT%20-%20Informe%20Final%2026.10.2022R%5BF%5D.pdf.pdf>

- Odicio, E (2023). Informe Jurídico sobre la Resolución N°00026-2020-TSC/OSIPTEL (Expediente N°008-2018-CCO-ST/CI). <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/25539?show=full>
- Otero, C. (2022). *Informe sobre Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI*. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/23011>.
- Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) (2020). Informe Técnico del Diagnóstico de la Situación Actual (Escenario AS IS) de los Procesos de Supervisión y Fiscalización, así como el Proceso Contencioso Administrativo correspondiente al Proceso de la Gestión de Defensa Judicial. <https://www.osiptel.gob.pe/transformacion-digital/pdf/auto13.pdf>
- Tribunal Constitucional. Caso Cantuarias. Expediente 6167-2005-PHC/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>
- Vargas Guevara, E. E. (2019). El procedimiento administrativo trilateral como mecanismo de solución de controversias en el sector eléctrico peruano. *Revista De Derecho Administrativo*, (17), 96-123. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/2167>
- Zegarra, D. (2014). Procedimiento Administrativo Trilateral. *Escuela Nacional INDECOPI*. Serie Módulos Instruccionales No. 1.
- Zegarra, D. (2018). Introducción al Derecho de las Telecomunicaciones. Lo esencial del Derecho. Fondo Editorial.

**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 Participación.
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 participación 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 resolutorios, 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 Tessa 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).
