

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución  
N°00026-2020-TSC/OSIPTEL (Expediente  
N°008-2018-CCO-ST/CI)

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

Ernesto Odicio Moreno

ASESOR:

Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2023

## Informe de Similitud

Yo, ALEJANDRO MARTIN MOSCOL SALINAS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Resolución N°00026-2020-TSC/OSIPTEL (Expediente N°008-2018-CCO-ST/CI)", del autor / de la autora ERNESTO ODICIO MORENO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 17/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de julio del 2023

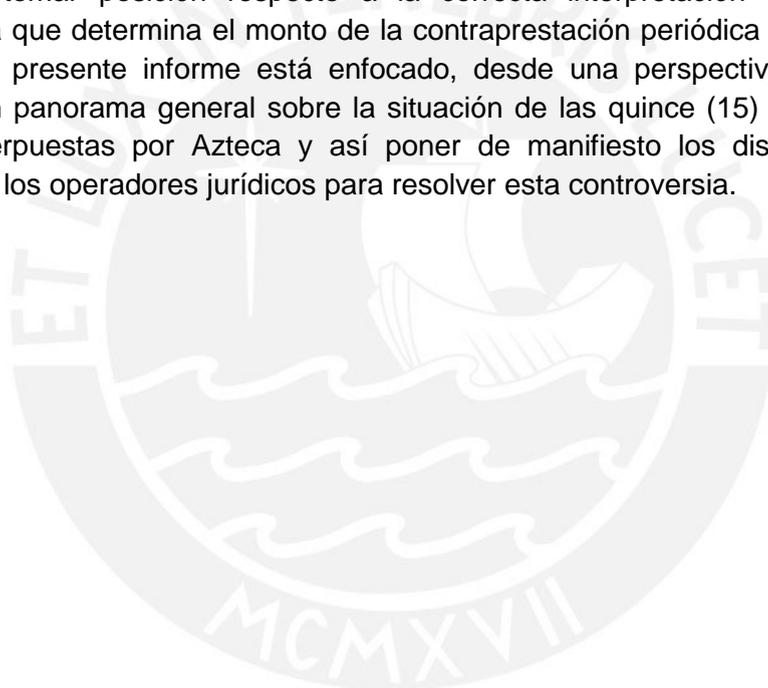
Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: MOSCOL SALINAS, ALEJANDRO MARTIN	
DNI: 09855438	Firma:
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0003-1125-3065">https://orcid.org/0000-0003-1125-3065</a>	



Firmado digitalmente por:  
MOSCOL SALINAS ALEJANDRO  
MARTIN  
Motivo: Soy el autor del  
documento  
Fecha: 25/07/2023 08:22:09-0500

## **RESUMEN**

El presente informe analiza los principales problemas jurídicos presentes en la tramitación del procedimiento administrativo trilateral seguido por Azteca contra Enel a cargo de los órganos de solución de controversias de OSIPTEL, recaído en el Expediente N°008-2018-CCO-ST/CI, donde se discute la devolución de supuestos montos cobrados por la empresa eléctrica que superaron el precio máximo legal establecido para el concepto de la contraprestación periódica por acceso y uso de infraestructura eléctrica, concepto regulado en la fórmula reglamentaria establecida bajo el Ley de Banda Ancha. Inicialmente, se analiza la competencia del Cuerpo Colegiado Ad Hoc para resolver las pretensiones de Azteca, en contraposición de lo resuelto en Laudos Arbitrales emitidos en paralelo, que declaran su propia competencia. En la segunda parte, se analiza la cuestión de fondo de la controversia, que implica tomar posición respecto a la correcta interpretación de la fórmula reglamentaria que determina el monto de la contraprestación periódica antes referida. Asimismo, el presente informe está enfocado, desde una perspectiva práctica, en establecer un panorama general sobre la situación de las quince (15) reclamaciones similares interpuestas por Azteca y así poner de manifiesto los distintos criterios utilizados por los operadores jurídicos para resolver esta controversia.



### **Palabras clave**

Mandato de Compartición de Infraestructura, función administrativa de solución de controversias, acceso y uso de infraestructura eléctrica, competencia de actos administrativos, interpretación jurídica

## **ABSTRACT**

*This report analyzes the main legal problems present in the processing of the trilateral administrative procedure (PAT) followed by Azteca against Enel in charge of the dispute resolution organs of OSIPTEL, filed in Case N°008-2018-CCO-ST/CI, where the refund of alleged amounts charged by the electric company that exceeded the maximum legal price established for the concept of the periodic consideration for access and use of electric infrastructure, a concept regulated in the regulatory formula established in the Broadband Law Regulation, is discussed. Initially, the competence of the Ad Hoc Collegiate Body to resolve Azteca's claims is analyzed, as opposed to what was resolved in Arbitral Awards issued in parallel, which declare its own competence. The second part of the report analyzes the merits of the dispute, which involves taking a position on the correct interpretation of the regulatory formula that determines the amount of the periodic consideration referred to above. Likewise, this report is focused, from a practical perspective, on establishing an overview of the situation of the fifteen (15) similar claims filed by Azteca and thus highlighting the different criteria used by the legal operators to resolve this controversy.*



## **Keywords**

*Infrastructure Sharing Mandate, administrative function of dispute resolution, access and use of electricity infrastructure, competence of administrative acts, legal interpretation*

## ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
I.1. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN	2
I.2. PRESENTACIÓN DEL CASO Y ANÁLISIS	3
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
II.1. ANTECEDENTES	7
II.2. HECHOS RELEVANTES DEL CASO	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	11
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO	12
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	14
VI. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS PRINCIPALES	15
VII. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	30
VIII. REFERENCIAS	31
ANEXO 1: LISTADO DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE LOS MANDATOS DE COMPARTICIÓN EMITIDOS A FAVOR DE AZTECA	32
ANEXO 2: LISTADO DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE LAS RECLAMACIONES INICIADAS POR AZTECA	33

## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso</b>	Expediente N°008-2018-CCO-ST/CI
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	<ul style="list-style-type: none"><li>• Derecho de las Telecomunicaciones y Energía</li><li>• Derecho Administrativo</li><li>• Arbitraje y Derecho Privado</li></ul>
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	<ul style="list-style-type: none"><li>• Resolución N°26-2020-TSC/OSIPTEL</li></ul>
Demandante / Denunciante	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
Demandado / Denunciado	Enel Distribución Perú S.A.A.
Instancia administrativa o jurisdiccional	El Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL



## **I. INTRODUCCIÓN**

### **I.1. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN**

La Resolución Administrativa N°00026-2020-TSC/OSIPTEL, que establece un Precedente de Observancia Obligatoria para los órganos de solución de controversias de OSIPTEL, carga con un alto grado de complejidad técnica y jurídica, pues su análisis implica responderse preguntas en torno al alcance y los límites tanto de la función administrativa de solución de controversias como de los tribunales arbitrales en materias reguladas. Asimismo, implica la evaluación de documentación técnica en materia de telecomunicaciones y superar las cuestiones en torno a su pertinencia para efectos de resolver la controversia, que presenta como contraparte la “literalidad” de las normas imperativas.

En el presente informe se analiza solo (01) uno de los quince (15) procedimientos administrativos trilaterales que protagonizan Azteca y las empresas eléctricas con las que suscribió Contratos de Compartición por el acceso y uso de su infraestructura eléctrica, de conformidad con lo establecido en la Ley N°29904 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°014-2013-MTC. Al respecto, se aprecia que la cantidad significativa de reclamaciones no desmerece en absoluto el nivel de complejidad técnica y jurídica del expediente administrativo, al cual nos aproximamos sin perder de vista los actuados en las reclamaciones antecesoras y sucesoras.

La razón haber optado por esta aproximación práctica a los problemas jurídicos se fundamenta en que, como veremos, las opiniones legales y técnicas respecto a las cuestiones controvertidas han generado en diversos fueros posiciones contrapuestas y contradictorias, por lo que ningún lector podría escaparse finalmente de tomar una posición propia respecto a los temas tratados en los diversos fueros.

Por ello, sostenemos que avocarse al análisis jurídico de uno de estos expedientes administrativos, en este caso los seguidos contra la empresa eléctrica Enel, constituya una valiosa e irrepetible oportunidad para hacer notar con insistencia que en el ámbito práctico los operadores jurídicos involucrados han brindado diversas soluciones al mismo problema con poca uniformidad, incluso tomando decisiones contradictorias; lo que veremos plasmado en la decisiones de tribunales arbitrales, órganos jurisdiccionales y en los órganos del propio organismo regulador.

## I.2. PRESENTACIÓN DEL CASO Y ANÁLISIS

El presente informe analiza los principales problemas jurídicos presentes en la Resolución N°00026-2020-TSC/OSIPTEL, emitido por el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL (en adelante, "TSC") que resuelve en segunda instancia administrativa la Reclamación presentada por Azteca contra Enel por discrepancias en la ejecución del Contrato de Compartición del 9 de noviembre de 2015, celebrado bajo el marco normativo de la Ley N°29904 (en adelante, "LBA").

No obstante, a efectos de enriquecer el debate sobre los alcances de estos problemas jurídicos -que se manifiestan también en decisiones de Tribunales Arbitrajes y Jueces-, a lo largo del informe se hará especial referencia tanto a los criterios como a las decisiones que han tomado respecto a la materia los distintos fueros a los que se ha sometido el debate que plantearemos.

Así, previo al planteamiento concreto de los problemas jurídicos presentes en la Resolución Administrativa bajo comentario, es menester comentar de manera sintetizada, sin explayarnos en aspectos técnico o jurídicos, el "contexto administrativo" que condujo a Azteca interponer la Reclamación en contra de Enel, resuelta en última instancia administrativa a través de la Resolución N°00026-2020-STC/OSIPTEL, y que servirá para explicar por qué se escogieron estos problemas jurídicos.

Pues bien, previo a la presentación de la Reclamación que originó la Resolución Administrativa analizada, a través de Resoluciones del Consejo Directivo de OSIPTEL ya se habían aprobado treinta y siete<sup>1</sup> (37) Mandatos de Compartición a favor de Azteca, los cuales tuvieron como objeto ajustar la contraprestación periódica que debía desembolsar la empresa de telecomunicaciones a favor de las eléctricas por el acceso y uso que éstas le brindaban por sus infraestructuras eléctricas.

Ello, en virtud de que Azteca había advertido una "aplicación errónea" de la Metodología establecida para cálculo de la contraprestación periódica que se le debía cobrar por el acceso y uso de la infraestructura propiedad de empresas eléctricas, metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N°29904, aprobado por D.S. N°014-2013-MTC (en adelante, "RLBA") y que por disposición reglamentaria sujetaba a los "contratos de compartición".

---

<sup>1</sup> En el Anexo 1 del presente informe se detalla el listado de las solicitudes interpuestas por Azteca a fin de que el Consejo Directivo ordenara modificar la contraprestación por el concepto de acceso y uso de infraestructura eléctrica.

Es así como, en atención a la lógica económica de la Metodología, con la emisión de estos Mandatos de Compartición se disminuyó significativamente la contraprestación que se le cobraría a Azteca por la utilización de dichas estructuras a partir de la entrada en vigencia de los referidos actos administrativos.

Posteriormente, entre 2017 y 2021, se tramitaron quince<sup>2</sup> (15) Procedimientos Trilaterales de Solución de Controversias en OSIPTEL presentados por Azteca, en virtud de los cuales la empresa pretendió, principalmente, que el organismo regulador ordene a las empresas eléctricas la devolución de montos pagados en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica desde la suscripción de los “contratos de compartición” hasta la entrada en vigencia de los Mandatos de Compartición.

Se debe resaltar en este punto que la tramitación de Procedimientos Trilaterales de Solución de Controversias en materia de Compartición de Infraestructura representó en dicho periodo el 40% del total de carga procesal de la Secretaría Técnica de Solución de Controversias de OSIPTEL, porcentaje marcado esencialmente por las reclamaciones interpuestas por Azteca contra diversas empresas prestadoras de servicios públicos de electricidad (OSIPTEL, 2021, p.6).

Si ello no fuera suficiente, la riqueza en el ámbito jurídico de esta controversia se pone de manifiesto cuando se identifica que, durante la tramitación de las quince (15) Reclamaciones, la misma materias han sido sometidas los fueros arbitrajes y judiciales, en donde se han obtenido un variedad de fundamentos y pronunciamientos dirigidos a resolver cuestiones sobre (a) cómo se determina correctamente la competencia para conocer y resolver las discrepancias surgidas en torno a la contraprestación pactada en los contratos de compartición y (b) cómo se interpreta correctamente la metodología para el cálculo de la contraprestación contenida en el Anexo 1 de Reglamento de la Ley N°29904, aprobado por D.S. N°004-2013-MTC.

Por un lado, dentro de la tramitación de los procedimientos de solución de controversias las empresas eléctricas, en su mayoría, han cuestionado la competencia del Cuerpo Colegiado Ad Hoc (en adelante “CC Ad Hoc”) para conocer y resolver las pretensiones de Azteca contenidas en sus Reclamaciones, de modo que se han podido identificar la adopción de las siguientes posturas:

---

<sup>2</sup> En el Anexo 1 del presente informe se detalla el listado de las reclamaciones interpuestas por Azteca durante el 2017 y 2018 a diversas empresas eléctricas.

- (i) La empresa eléctrica, al contestar la Reclamación, deduce excepción de incompetencia por convenio arbitral, informando o no informando el inicio de un proceso arbitral paralelo.
- (ii) La empresa eléctrica alega supuesto de avocamiento indebido del Cuerpo Colegiado Ad Hoc (en adelante, "CC Ad Hoc") por encontrarse en trámite un proceso arbitral relacionado a la contraprestación pactada en los contratos de compartición, solicitando se estime excepción de incompetencia o se declare de oficio la suspensión del procedimiento administrativo hasta que culmine el proceso arbitral.
- (iii) La empresa eléctrica solicita se declare sustracción de la materia por emisión de Laudo Arbitral que previamente al pronunciamiento de fondo del CC Ad Hoc ya se pronunció sobre su propia competencia y decidió sobre la controversia.
- (iv) La empresa eléctrica solicita se suspenda el procedimiento administrativo por encontrarse en trámite la impugnación del Mandato de Compartición respectivo en el fuero judicial.

Por otro lado, con relación a los cuestionamientos sobre la validez de los actos administrativos y laudos arbitrales que se han pronunciado sobre las controversias entre Azteca y las empresas eléctricas, se identificaron los siguientes escenarios:

- (i) Posturas contradictorias entre las Salas Civiles Comerciales y Salas Especializadas en lo Contencioso Administrativo al resolver las cuestiones de competencia y motivación de las decisiones arbitrales y administrativas, respectivamente, en materia de acceso y uso de infraestructura eléctrica por parte de operadores de servicios de telecomunicaciones.
- (ii) No se observa un criterio unificado a nivel jurisprudencial acerca de la competencia material de los Juzgados Contenciosos Administrativos o de las Salas Civiles para resolver los cuestionamientos sobre la validez de los Mandatos de Compartición emitidos por el Consejo Directivo de OSIPTEL.

De ese modo, se debe advertir que aún se encuentra en giro a nivel judicial la discusión sobre la correcta interpretación de la metodología para calcular la contraprestación que se cobra a Azteca por el acceso y uso de infraestructura eléctrica a favor de las empresas eléctricas, ya sea a través de la impugnación de las resoluciones del TSC como del Consejo Directivo de OSIPTEL (en adelante, "CD de OSIPTEL"), que aprueban los Mandatos de Compartición.

Asimismo, a través de las demandas contenciosas administrativas en contra de la validez de las resoluciones del TSC y del CD de OSIPTEL, y de los recursos de anulación de laudo se ha puesto a conocimiento de los tribunales judiciales el análisis de la competencia, ya sea del fuero administrativo o arbitral, para resolver las controversias en materia de acceso y uso de infraestructura eléctrica.

Por último, se ha podido observar que, dentro de los propios órganos de solución de controversias de OSIPTEL, estos son el CC Ad Hoc y el TSC, se han emitido juicios abiertamente contradictorios, lo que ha llevado a que a través de la Resolución Administrativa analizada en el presente informe se haya determinado un Precedente de Observancia Obligatoria, con la finalidad de que la primera instancia administrativa aplique un solo criterio para resolver las reclamaciones que se encontraban remanentes.

De esa manera, el presente informe jurídico, sirviéndose de las distintas posiciones de los operadores jurídicos sobre las cuestiones planteadas, busca aplicar el conocimiento práctico y teórico recabado a efectos de emitir una opinión fundamentada en los dispositivos normativos aplicables, la jurisprudencia y la doctrina acerca de lo siguiente:

1. La competencia del CC Ad Hoc de OSIPTEL para conocer y resolver la reclamación de Azteca contra Enel referida a la devolución de lo pagado en exceso por el concepto de contraprestación periódica por acceso y uso de infraestructura desde la celebración del contrato de compartición hasta la entrada en vigencia del Mandato de Compartición.
2. La correcta interpretación de la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N°29904, aprobado por D.S. N°014-2013-MTC para calcular el monto de la contraprestación periódica por concepto de acceso y uso de infraestructura eléctrica para la implementación de la Banda Ancha, a la cual hemos denominado “la fórmula reglamentaria”.

Antes de avocarnos al desarrollo y al análisis del caso en concreto, referimos que en el Anexo 3 del presente informe encontrarán un resumen detallado del “contexto administrativo” al que hemos hecho referencia en este acápite, a efectos de que puedan advertir de manera detallada la información sobre el sentido de las resoluciones administrativas, laudos y sentencias que se han emitido en el marco de las reclamaciones iniciadas por Azteca ante el CC Ad Hoc a fin de que sirva como herramienta práctica que acompañe la lectura de este documento.

Finalmente se debe mencionar que toda la data allí contenida ha sido extraída de la revisión de los expedientes administrativos de las reclamaciones, los

cuales son de acceso público, por lo que su contenido está circunscrito por la información contenida en dichos expedientes y a la información obtenida a través del Buscador de Expedientes Judiciales (<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>).

## **II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

Luego de la breve presentación del contexto que generó la Reclamación de Azteca y la emisión de la Resolución N°00026-2020-TSC/OSIPTEL, a continuación, identificaremos principales hechos relevantes que importan solo a las empresas Enel y Azteca

### **II.1. ANTECEDENTES**

1. El 20 de julio de 2012, se publicó la Ley N°29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica y, posteriormente, el 04 de noviembre de 2013, se publicó su Reglamento, aprobado por D.S. N°004-2013-MTC. Como ya hicimos referencia, este dispositivo normativo estableció en su Anexo N°01 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”.
2. El 23 de diciembre de 2013, el MTC en representación del Estado Peruano otorgó a AZTECA la Buena Pro para llevar a cabo la implementación del proyecto denominado “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (“RDNFO”)<sup>3</sup>; y el 17 de junio de 2014 se suscribe el Contrato de Concesión del proyecto de la RDNFO.
3. El 9 de noviembre de 2015, bajo el marco de la Ley N°29904 y su Reglamento, aprobado por D.S. N°014-2013-MTC, Enel y Azteca suscribieron el acuerdo denominado “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica”, a fin de dar cumplimiento al Artículo 13° de la referida Ley<sup>4</sup>, pactándose en Cláusula Cuarta que la Azteca pagará a Enel la retribución indicada en el Anexo 1 de Contrato de Compartición,

---

<sup>3</sup> El proyecto consistía en la implementación de 13,500 kilómetros de fibra óptica, lo que implicaba la intervención de Azteca en veintidós (22) capitales regionales, ciento ochenta (180) capitales de provincia y ciento treinta y seis (136) localidades.

<sup>4</sup> Conforme se desprende del propio texto del Artículo 13° de la Ley N°29904, las empresas eléctricas deben proveer el acceso y uso de infraestructura a los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de las redes de telecomunicaciones necesarias para la implementación de la Banda Ancha, siendo que dicha prestación se sujeta a las condiciones establecidas en el numeral 4) del referido artículo, así como a lo dispuesto al respecto en el D.S. N°014-2013-MTC.

*“la misma que ha sido determinada en función a la aplicación de la fórmula legal contenida en el Reglamento de la Ley N°29904”. En dicha Cláusula también se establece que dicha retribución “tendrá una vigencia mínima de 3 años desde la firma del presente contrato”.*

4. El 04 de agosto de 2017, se publicó la Resolución Viceministerial N°768-2017-MTC/03 que modificó los valores de las variables “m” y “f” de la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N°29904, aprobado por D.S. N°014-2013-MTC.
5. El 05 de octubre de 2017, Azteca solicita ante el Consejo Directivo de OSIPTEL la emisión de un Mandato de Compartición para que, en función al razonamiento económico que subyace a la metodología, se declare que el valor del factor “Na” que compone dicha fórmula equivale a tres (3), lo que ocasionaba que se reduzca a un tercio -es decir, tres veces menos- la contraprestación periódica que cobraba Enel de acuerdo a la Cláusula Cuarta del Contrato de Compartición; y el 16 de marzo de 2018, se emitió la Resolución de Consejo Directivo N°063-018-CD/OSIPTEL, que aprobó el Mandato de Compartición en los términos requeridos por Azteca.
6. El 22 de agosto de 2018, Enel interpuso demanda contencioso administrativa solicitando la nulidad del Mandato de Compartición aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°063-018-CD/OSIPTEL, dando inicio al Expediente N°9124-2018 recaído en el 7° Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima -actualmente en giro-.
7. El 9 de julio de 2018, Enel interpuso demanda arbitral contra Azteca recaída en el Caso Arbitral N°0423-2017-CCL, solicitando que el Tribunal Arbitral declare, entre otros, el incumplimiento de la obligación de no solicitar la emisión del Mandato de compartición, y se ordena a indemnizar a Enel por daños y perjuicios. En el fondo, lo que se pretendía era someter al fuero arbitral controversias sobre la correcta aplicación de la fórmula normativa.
8. El 06 de agosto de 2018, Azteca dedujo excepción de incompetencia y contestó la demanda arbitral solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos.

## **II.2. HECHOS RELEVANTES DEL CASO**

En este acápite, repasaremos de manera sintetizada los acontecimientos más relevantes ocurridos durante la tramitación del Expediente

N°008-2018-CCO-ST/CI, fuera y dentro del procedimiento, pues son necesarios para el planteamiento de los problemas jurídicos.

1. El 23 de agosto de 2018, Azteca presentó una reclamación contra la empresa Enel, que da inicio al Expediente N°008-2018-CCO-ST/CI, solicitando al Cuerpo Colegiado Ad Hoc de OSIPTEL lo siguiente:
  - a) Que declare que la contraprestación establecida en el Contrato de Compartición el precio máximo legal, en tanto las partes pactaron la contraprestación aplicando erróneamente la Metodología.
  - b) Que se ordene a Enel devolver los US\$ 595,126.93 pagados en exceso por Azteca desde la celebración del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del mandato, como pretensión accesorio a la pretensión principal.
  - c) Que declare que la obligación referida a que la contraprestación pactada en el Contrato tendrá una vigencia mínima de tres (3) años no resulta exigible en la relación jurídica, pues contraviene la fórmula reglamentaria
2. El 24 de agosto de 2018, mediante Resolución N°01, el 7° Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo admitió a trámite la demanda contencioso administrativa interpuesta por Enel, corrió traslado la misma y requirió a OSIPTEL remitir el expediente administrativo N°006-2017-CD-GPRC/MC, correspondiente la Resolución de Consejo Directivo N°63-2018-CD/OSIPTEL en virtud del cual se aprobó el Mandato de Compartición.
3. El 4 de octubre de 2018, Enel contestó la reclamación, dedujo excepción de incompetencia y solicitó la suspensión del procedimiento administrativo hasta que se decida el proceso contencioso administrativo recaído en el Expediente N°9124-2018.
4. El 12 de octubre de 2018, mediante Resolución N°002-2018-CCO/OSIPTEL, se corrió traslado de la contestación a la reclamación, y el 25 de octubre de 2018 Azteca contestó la excepción de incompetencia y la solicitud de suspensión del procedimiento administrativo deducido por Enel.
5. El 03 de diciembre de 2018, mediante Resolución N°009-2018-CCO/OSIPTEL, se solicitó a las partes remitir información que permita identificar las materias sometidas al proceso arbitral iniciado por Enel en contra de Azteca.

6. El 15 de marzo de 2019, en el proceso arbitral seguido por Enel contra Azteca, el Tribunal Arbitral emitió laudo que declaró fundada la excepción de incompetencia que dedujo Azteca.
7. El 3 de abril de 2019, Azteca informó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc la decisión del Tribunal Arbitral de declarar fundada la excepción de incompetencia y solicitó que se tenga en cuenta dicha información a efectos de desestimar la excepción de convenio arbitral planteada por Enel en el procedimiento administrativo.
8. El 11 de abril de 2019, Enel interpuso tacha contra el laudo arbitral ofrecido como nuevo medio probatorio por Azteca, y el 24 de abril de 2019 Azteca absolvió dicha tacha.
9. El 29 de mayo de 2019, mediante Resolución N°018-2019-CCO/OSIPTEL el Cuerpo Colegiado Ad Hoc declaró (i) improcedente la tacha interpuesta contra el medio probatorio ofrecido el 03 de abril de 2019, (ii) infundada la excepción de convenio arbitral e (iii) infundada la solicitud de suspensión del procedimiento administrativo.
10. El 22 de julio de 2020, mediante Resolución N°033-2020-CCO/OSIPTEL, el CCO resolvió en primera instancia administrativa la controversia recaída en el Expediente N°008-2018-CCO-ST/CI, determinando (i) fundada en parte la primera pretensión principal de Azteca; (ii) fundada la pretensión accesoria respecto a la devolución de lo pagado en exceso de la contraprestación solo por 291 estructura eléctricas; es decir, por el importe de S/. 12,345.67; (iii) infundada la pretensión accesoria en el extremo referido a la devolución de lo pagado en exceso de la contraprestación por 4,030 estructuras eléctricas; y (iv) fundada la pretensión referida a que se declare que la vigencia mínima de 3 años contenida en el Contrato no resulta exigible.
11. El 11 de agosto de 2020, Azteca interpuso recurso de apelación contra la Resolución N°033-2020-CCO/OSIPTEL, solicitando se revoque dicha resolución y se declare fundada la reclamación en todos sus extremos.
12. El 04 de diciembre 2020, mediante Resolución N°00026-2020-TSC/OSIPTEL, el Tribunal de Solución de Controversias resolvió en segunda y última instancia administrativa la controversia recaída en el Expediente N°008-2018-CCO-ST/CI, determinando revocar la Resolución N°033-2020-CCO/OSIPTEL y ordenó a Enel la devolución de S/. 1'843 104,38, por el pago en exceso realizado por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica; y declaró que dicha resolución constituye precedente administrativo de

observancia obligatoria en lo referido a que el denominador “Na” de la Metodología, desde su versión primigenia, equivale a tres (03).

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

Los problemas jurídicos principales, secundarios y complementarios que se derivan de la materia controvertida<sup>5</sup> y se manifiestan en la Resolución N°00026-2020-TSC/OSIPTTEL y, así como en todas actuaciones detalladas en la tabla ubicada en el Anexo 3 de este informe, son los siguientes:

#### **III.1. Problema principal N°01:**

¿El OSIPTTEL tiene competencia exclusiva para conocer y resolver la discrepancia entre Azteca y Enel en torno a la correcta interpretación y aplicación de fórmula reglamentaria que regula la contraprestación periódica por compartición de infraestructura eléctrica?

##### **III.1.1. Problema secundario N°01:**

¿La controversia en torno a la retribución por el acceso y uso de infraestructura eléctrica, pactada en el Contrato de Compartición, es una materia arbitrable?

##### **III.1.2. Problema secundario N°02:**

¿La emisión de laudos arbitrales en los que el tribunal arbitral afirma su competencia y resuelve el fondo de materia controvertida obligan al CC Ad Hoc a suspender la tramitación del procedimiento administrativo de solución de controversias?

#### **III.2. Problema principal N°02:**

¿Cómo se determina técnica y jurídicamente la variable “Na” contenida en la fórmula reglamentaria que regula la contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica?

##### **III.2.1. Problema secundario N°01:**

¿La fórmula normativa es, desde el punto de vista jurídico, es susceptible de ser interpretado más allá de su literalidad?

##### **III.2.2. Problema secundario 2:**

---

<sup>5</sup>A nuestro entender, la materia controvertida -es decir, controversia jurídica que se ha discutido tanto por el Consejo Directivo de OSIPTTEL y el CC Ad Hoc/TSC de OSIPTTEL, y por los Tribunales Arbitrales -es la relacionada a la correcta interpretación y aplicación de la fórmula reglamentaria que regula la contraprestación por el acceso y uso de infraestructura eléctrica a favor de las empresas de telecomunicaciones.

¿El carácter no normativo de los Informes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones impiden atribuirles valor probatorio para resolver la controversia?

#### **IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO**

##### **IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios**

##### **IV.2. Problema principal N°01:**

¿El OSIPTEL tiene competencia exclusiva para conocer y resolver la discrepancia entre Azteca y Enel en torno a la correcta interpretación y aplicación de fórmula reglamentaria que regula la contraprestación periódica por compartición de infraestructura eléctrica?

De acuerdo con las normas que regulan la función administrativa de solución de controversias de OSIPTEL y el marco normativo de la Banda Ancha, se desprende que el OSIPTEL está en la obligación de conocer y resolver las discrepancias surgidas en materia de acceso y uso de infraestructura eléctrica, cuando se afecten el mercado de las telecomunicaciones, lo que conlleva la facultad de resolver las diferencias sobre el cálculo de la contraprestación contenida en la fórmula reglamentaria.

##### **IV.2.1. Problema secundario N°01:**

¿La controversia en torno a la retribución por el acceso y uso de infraestructura eléctrica, pactada en el Contrato de Compartición, es una materia arbitrable?

Consideramos que no, pues la misma no es una materia de libre disposición. Ello, en virtud a que la autonomía de la voluntad de las partes para regular este aspecto de la relación jurídica de compartición está limitada por el propio marco normativo de la LBA y, además, se ha consagrado a dicha prestación como una de interés y necesidad pública, protegiendo la ejecución del acceso y uso de infraestructura a través de la imposición del precio máximo establecido en la fórmula reglamentaria.

##### **IV.2.2. Problema secundario N°02:**

¿La emisión de laudos arbitrales en los que el tribunal arbitral afirma su competencia y resuelve el fondo de materia controvertida obligan al CC Ad Hoc a suspender la tramitación del procedimiento administrativo de solución de controversias?

Consideramos que en ningún caso el CC Ad Hco o el TSC puede dejar de ejercer su competencia ordenado a través de las normas imperativas que rigen su actividad administrativa arbitral. Así pues, no se puede afirmar que ante la incorrecta aplicación de las normas regulatorias por parte de los Tribunales Arbitrales se vulnere algún principio arbitral o implique un avocamiento indebido por parte de la Administración.

#### **IV.3. Problema principal N°02:**

¿Cómo se determina técnica y jurídicamente la variable “Na” contenida en la fórmula reglamentaria que regula la contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica?

La fórmula normativa no de la ha otorgado un valor expreso a la variable “Na”, de modo que su interpretación necesariamente debe atender a los fundamentos que llevaron a su emisión, esto es, la revisión de los informes técnicos elaborados por el MTC, lo cual no implica dotar de valor normativo a los mismos, sino es la manifestación del principio de verdad material.

##### **IV.3.1. Problema secundario N°01:**

¿la fórmula normativa es, desde el punto de vista jurídico, es susceptible de ser interpretado más allá de su literalidad?

Consideramos que sí, en tanto el método de interpretación jurídica no limita al intérprete a ceñirse a la literalidad; por el contrario, lo invita a ir más allá de la misma, sirviéndose para dichos casos de factores como el contexto y la intencionalidad del legislador.

##### **IV.3.2. Problema secundario 2:**

¿El carácter no normativo de los Informes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones impiden atribuirles valor probatorio para resolver la controversia?

Consideramos que no, ya que en atención al principio de verdad material, aplicable perfectamente a los procedimientos administrativos trilaterales, la administración debe utilizar todos los medios posibles para esclarecer las alegaciones de las partes, sin reemplazar el deber probatorio de quien alega los hechos. Así pues, los informes del MTC revisten de un carácter técnico y económico que coadyuvan a esclarecer los fundamentos del reclamante.

#### **IV.4. Posición individual sobre el fallo de la resolución**

En fallo de la Resolución Administrativa analizada es correcto, ya que no solo es una declaración administrativa válida en términos de competencia, sino también de motivación. Por un lado, representa el ejercicio de una competencia

legal atribuida exclusiva y excluyentemente a OSIPTEL, y por otro, representa la aplicación del principio de verdad material para dotar de contenido a una fórmula reglamentaria susceptible de ser interpretada más allá de su literalidad.

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

Como adelantamos, el presente análisis jurídico de la Resolución N°26-2018-TSC/OSIPTEL ha considerado el panorama completo de las controversias y solicitud de mandato planteadas por Azteca en contra de los intereses de diversas empresas eléctricas.

En tal sentido, de manera previa al desarrollo de los problemas jurídicos identificados, consideramos importante identificar (i) las solicitudes de Mandatos de Compartición iniciados por Azteca ante el Consejo Directivo de OSIPTEL y (ii) las reclamaciones interpuestas por Azteca ante el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL; y (iii) los expedientes en el fuero judicial de las impugnaciones a las Resoluciones de OSIPTEL sobre la materia<sup>6</sup>:

Los anexos al informe tienen como objetivo advertir al lector del número significativo de procedimientos administrativos iniciados por Azteca a efectos de obtener a su favor pronunciamientos del organismo regulador que definan la correcta interpretación y aplicación de la fórmula normativa para el cálculo de la contraprestación por el acceso y uso de infraestructura eléctrica<sup>7</sup>.

Además, es importante tomar en cuenta que el Anexo N°02, en la medida que este informe está centrado en una de las quince reclamaciones que Azteca interpuso ante el CC Ad Hoc, de modo que los expedientes allí detallados nos servirán como referencia cuando posteriormente comentemos la diversidad de sentidos y alcances que este órgano de OSIPTEL, como primera instancia administrativa, le ha dado a esta controversia.

Aunado a ello, se debe señalar que en la mayoría de los procedimientos administrativos iniciados ante el CC Ad Hoc, las empresas eléctricas han deducido excepción de convenio arbitral a fin de que la reclamación sea declara improcedente. Se debe adelantar que esta situación en ningún caso ha

---

<sup>6</sup> En el Anexo 3 del presente informe, hemos proyectado la relación de los expedientes judiciales en lo que han recaído las impugnaciones a las Resoluciones del Consejo Directivo y del Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL que agotan la vía administrativa.

<sup>7</sup> Durante la tramitación de las solicitudes de Mandato de Compartición y de las reclamaciones iniciadas por Azteca, ha quedado claro que el objetivo de la concesionaria del proyecto de la RDNFO es que se respete el razonamiento económico subyacente a la fórmula para el cálculo de la contraprestación periódica, y, consecuentemente, el restablecimiento de la legalidad en la ejecución de los Contratos de Compartición suscritos con las empresas eléctricas, es decir, el respeto al precio máximo legal exigido para la referida contraprestación.

sido estimada por dicho órgano; sin embargo, en algunos de estos casos se ha determinado la suspensión del procedimiento administrativo porque se encontraba en trámite procesos arbitrales versaban sobre el acceso y uso de compartición de infraestructura eléctrica, y donde Tribunales Arbitrales se habían declarado competentes para conocer y resolver dicha controversia.

Es así como se plasma en la presente controversia lo referido por Bueno et al., respecto a lo siguiente:

*“los conflictos entre jurisdicción entre los órganos jurisdiccionales y la administración pública, la doctrina ha identificado los “conflictos y cuestiones de competencia”, “conflictos entre órganos constitucionales”, los “conflictos de atribuciones entre órganos administrativos. Con relación a los tipos de conflictos de jurisdicción y competencia, atendiendo a la manera a la que se produce el conflicto, estos pueden ser de dos tipos: cuando el órgano jurisdiccional, como el administrativo estiman que son competentes para conocer de un determinado asunto (conflicto positivo) o cuando ambos estiman que no son competentes (conflicto negativo).” (2015, pp.188).*

De esa manera es que en la primera parte de este informe jurídico nos centraremos en analizar las competencias del organismo regulados en materia de acceso y uso de compartición, advirtiendo además el sentido de pronunciamientos del CCO Ad Hoc y del Tribunal de Solución de Controversia respecto al alcance de la función de solución de controversias otorgadas a OSIPTEL.

## **VI. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS PRINCIPALES**

### **VI.1.1. Problema principal N°01: ¿El OSIPTEL tiene competencia exclusiva para conocer y resolver la discrepancia entre Azteca y Enel en torno a la correcta interpretación y aplicación de fórmula reglamentaria que regula la contraprestación periódica por compartición de infraestructura eléctrica?**

1. Al absolver la reclamación de Azteca, Enel cuestionó la procedibilidad de la reclamación planteando una excepción de incompetencia en base a los siguientes fundamentos:
  - La relación jurídica entre Azteca y Enel está basada en el Contrato de Compartición del 9 de octubre de 2015. Así, la Cláusula Decimosexta de dicho contrato estipula que la voluntad de las partes fue llevar todas sus controversias a un arbitraje de derecho.

- Las diferencias sobre la correcta interpretación de la contraprestación pactada versan sobre materia privado-contractual, siendo el caso que el órgano administrativo no está facultado para pronunciarse sobre el alcance de la cláusula de contraprestación ni sobre el presunto derecho que tendrá Azteca a una devolución de la contraprestación. La función administrativa de solución de controversias solo alcanzara a temas sobre el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público, acceso y uso que Azteca lo tiene garantizado desde la celebración del Contrato de Compartición.
2. En resumen, la posición de Enel sobre la competencia y consecuente procedibilidad de la reclamación se basó en que las pretensiones de Azteca son exclusivamente arbitrables y la competencia de OSIPTEL no alcanzaba a la materia controvertida, según las normas que regulaban la referida función de solución de controversias de los órganos de OSIPTEL.
  3. Al absolver la excepción de incompetencia, Azteca alegó que las pretensiones no eran arbitrables, pues la discusión en torno a que la contraprestación pactada, basada en que la variable “Na” es igual a 1, excedía el precio máximo dispuesto en la fórmula normativa es un tema regulatorio. Asimismo, indicó que el uso compartido de infraestructura era de interés público de acuerdo con la Ley de Banda Ancha y la operación de la Red Dorsal depende de que la compartición se mantenga, entonces la contraprestación no podría entenderse como una barrera económica que impida, obstaculice o encarezca la prestación de servicios de telecomunicaciones en condiciones eficientes, como lo son las que previó el MTC al diseñar el marco técnico-normativo de la Red Dorsal.
  4. Consideramos abordar como primer problema principal lo referido a la competencia del organismo y a la arbitrabilidad de la materia controvertida; puesto que, como vemos, en esta etapa de las actuaciones procedimentales fue central dilucidar sobre a la arbitrabilidad o no arbitrabilidad de las pretensiones de Azteca a fin de examinar la procedibilidad de la reclamación.
  5. Así, para efectos de analizar si OSIPTEL cuenta con competencias para conocer y resolver las pretensiones de Azteca, consideramos que primero se debe esclarecer si las mismas son arbitrales o no, lo cual abordamos en la primera pregunta secundaria. Adicional a ello, se ha propuesto como segunda pregunta secundaria colocarnos en un supuesto que no ha sido extraño ni para el CC Ad Hoc ni para el TSC: cómo debería proceder el órgano ante pronunciamientos paralelos de Tribunales Arbitrales que se

declaren competentes para resolver controversias que versen sobre la contraprestación periódica pactada en los Contratos de Compartición.

**VI.12. Problema secundario N°01: ¿La controversia en torno a la retribución por el acceso y uso de infraestructura eléctrica, pactada en el Contrato de Compartición, es una materia arbitrable?**

6. En este acápite buscamos analizar si la materia controvertida es materia arbitrable o no. En concreto, se propone dilucidar la polémica sobre si la discrepancia en torno al cálculo de la contraprestación periódica pactada en los Contratos de Compartición de Infraestructura es susceptible o no de ser resuelta a través de un arbitraje en aplicación de la Cláusula Decimosexta del Contrato de Compartición.
7. A continuación, se comentará brevemente sobre la naturaleza de la jurisdicción arbitral en el Perú y sobre las materias que son susceptibles de ser arbitrables de acuerdo con nuestra legislación, con la finalidad de explicar la inarbitrabilidad de la reclamación presentada por Azteca.

● **Sobre la naturaleza de la jurisdicción arbitral**

8. La institución del arbitraje está consagrada en el artículo 139° inciso 1) de la Constitución y materializa la facultad de las que celebran un convenio arbitral a someter voluntariamente sus controversias de carácter disponible a la decisión de un tercero distinto al Poder Judicial (Landa, 2008, p.108).
9. Sobre ello, Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Exp. N°6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), ha señalado que el ejercicio de la jurisdicción arbitral implica la confluencia de los mismos requisitos que debe observar el ejercicio de la jurisdicción ordinaria. En esa línea, se confirmó que la jurisdicción arbitral implica la observancia de los mismos principios constitucionales que se aplican a los órganos judiciales, como la independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como la observancia del derecho al debido proceso.
10. Asimismo, en dicha Sentencia se ha confirmado que la institución del arbitraje ni desplaza ni sustituye al Poder Judicial, sino que se presenta como mecanismo alternativo a éste y dirigido únicamente a la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición.
11. En efecto, la autonomía de la voluntad de las partes para decidir que una controversia sea conocida y resuelta en un arbitraje solo alcanza para

materias que sean de libre disposición (materias disponibles), conforme lo indica textualmente el artículo 2° del Decreto Legislativo N°1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, “D.L. N°1071”):

**“2.1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.** (resaltado y subrayado agregado)

12. Como vemos, la legislación ha limitado el ejercicio de la jurisdicción arbitral, reconociendo que la autonomía de las partes para definir el alcance material del pacto arbitral está condicionado por lo regulado en el artículo 2.1. del D.L. N°1071, precepto normativo que determina la arbitrabilidad de las controversias en el Perú como límite de la jurisdicción arbitral.

- **Sobre la noción de arbitrabilidad**

13. A mayor abundamiento, es importante apoyarnos en lo señalado por Jarrosson, y es que a través la noción de arbitrabilidad se define las cuestiones sobre las que puede pactarse alternar la vía judicial por la jurisdicción arbitral, siendo que la arbitrabilidad es la referencia a lo que es susceptible de ser arbitrable, y es un término aplicable a las materias (arbitrabilidad objetiva) y a las personas (arbitrabilidad subjetiva) (citado en Caivano, 2013, p.64).
14. Así, tenemos que la cualidad que tiene una controversia para ser resuelta a través de un arbitraje está referida a la arbitrabilidad objetiva, concepto que nos permite distinguir la autonomía de la voluntad de las partes para pactar el alcance del convenio arbitral y la “imperativa e irrenunciable” jurisdicción estatal (Caivano, 2013, p. 65). En esa línea, Gonzales de Cossio enseña que en análisis de arbitrabilidad consiste en determinar si una controversia es susceptible de ser resuelta en arbitraje en atención a la legislación nacional (2011, p. 195).
15. Como vemos, la arbitrabilidad, en el sentido objetivo, es una cualidad inherente a una controversia y determina que la misma sea susceptible de ser atendida a través de un arbitraje. En el Perú, la norma sustantiva que determina la arbitrabilidad de una controversia está contenida en el artículo 2.1. del D.L. N°1071.
16. En efecto, la doctrina peruana ha señalado que “materias de libre disposición conforme a derecho” a que se refiere el artículo 2.1. del D.L. N°1071 consagra el criterio de “disponibilidad del derecho” como

habilitación legal para someter una controversia a arbitraje, siendo que este solo se verifica si atendemos a lo que el ordenamiento jurídico dispone como tal en el momento en que se valora una materia que intenta ser sometida al fuero arbitral; por su parte, una cuestión solo podrá ser calificada como indisponible cuando involucren interés públicos o generales. (Castillo Freyre & Sabroso Minaya, 2011, pp. 68).

● **Sobre la arbitrabilidad de la materia sometida a conocimiento del CC Ad Hoc**

17. En base a la noción de arbitrabilidad regulada en el D.L N°1071, así como en los límites del ejercicio de la jurisdicción arbitral, a continuación explicaremos por qué las diferencias entre Azteca y Enel en torno a la interpretación de la contraprestación periódica por el concepto de acceso y uso de infraestructura eléctrica no es una controversia susceptible de ser resuelta de un arbitraje:
18. En primer lugar, se debe advertir que el acceso y uso de la infraestructura eléctrica ha sido declarada de necesidad pública e interés nacional con la finalidad de que se promueva la Banda Ancha y su aprovechamiento, conforme se desprende de los artículos 2° y 3° de la LBA.
19. De esta manera, se ha determinado por mandato legal que el objeto del vínculo contractual entre Enel, como concesionario del servicio público de energía eléctrica, y Azteca, como concesionario de del proyecto de la RDNFO, es proveer acceso y uso de su infraestructura eléctrica. Esta prestación realiza a cambio de una contraprestación inicial y una periódica, que se calcula según la metodología establecida en el RLBA, conforme se desprende del artículo 13° de la LBA.
20. Precisamente, los artículos 13° y 30° del RLBA regulan la obligación consistente en suscribir un contrato de compartición para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica. Asimismo, se establece que dicha prestación se realiza cambio de una retribución económica periódica que calcula a través de una metodología que sirve de precio máximo.
21. De lo anterior se colige que la autonomía de la voluntad de las partes para crear, modificar, regular o extinguir su relación contractual se encuentra limitada por lo prescrito por el marco normativo de la LBA. En concreto, las partes están obligadas a la observancia del precio máximo legal para el pago de la contraprestación pactada. Esto se debe principalmente a que el objeto de esta relación jurídica ha sido declarado de necesidad e interés público, en la medida que el objeto de la propia Ley es el despliegue y aprovechamiento de la Banda Ancha como medio para la

inclusión social, la competitividad, el conocimiento y el desarrollo socioeconómico.

22. A nuestro entender, la interpretación y aplicación de la metodología que sirve como precio máximo para calcular el monto de la contraprestación periódica es abiertamente inarbitrable por no ser de libre disposición de las partes. Ello, en tanto del propio texto legal se desprende de modo evidente que las partes no están facultadas para ejercer su autonomía de la voluntad respecto a la determinación de la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura; puesto que, en todos los casos deben aplicar la fórmula reglamentaria y respetar el precio máximo. Asimismo, tenemos que la LBA, por las razones de interés público ya comentadas, ha ordenado tanto la contratación, como el cumplimiento de determinadas condiciones para la ejecución del mismo, de modo que no se puede afirmar que la jurisdicción arbitral sea competente para controlar la interpretación y aplicación de normas imperativas.

**VI.13. Problema secundario N°02: ¿La emisión de laudos arbitrales en los que el tribunal arbitral afirma su competencia y resuelve el fondo de materia controvertida obligan al CC Ad Hoc a suspender la tramitación del procedimiento administrativo de solución de controversias?**

● **Panorama de las actuaciones administrativas del CC Ad Hoc respecto a procesos arbitrales paralelos**

23. Ahora bien, es importante dar cuenta que durante la tramitación del presente procedimiento administrativo se llevó a cabo, de manera paralela, un proceso arbitral iniciado por Enel donde también se discutió acerca de la interpretación y aplicación de la fórmula reglamentaria contenida en el RLBA, y que resultó en un Laudo Parcial en el que el Tribunal Arbitral declaró fundado la excepción de incompetencia planteada por Azteca, decidiendo no conocer y resolver dicha controversia.
24. En la misma lógica, durante la tramitación de las reclamaciones de Azteca contra Hidrandina (Exp. 014-2018), Ensa (Exp. N°015-2018), Enosa (Exp. N°016-2018), y Electrocentro (Exp. 017-2018), se iniciaron procesos arbitrables en contra de la empresa de telecomunicación, siendo que estos casos también se resolvieron las excepciones de incompetencia a favor de Azteca.

25. No obstante, en las reclamaciones de Azteca contra Redesur (Exp. N°005-2018), Luz del Sur (Exp. N° 006-2018), Tesur (Exp. N° 007-2018), Electro Dunas (Exp. N°011-2018), Statkraft Perú e Inversiones Shaqsha (Exp. N°012-2018) los tribunales arbitrales se declararon competentes para resolver las discrepancias sobre la interpretación y aplicación de la fórmula reglamentaria.
26. Como vemos, la arbitrabilidad de esta materia fue altamente controvertida, y en la práctica generó diversas reacciones por parte del CC Ad Hoc, declarando en algunos casos la suspensión del procedimiento debido a la presencia de que se tomó conocimiento sobre procesos arbitrales seguidos contra Azteca, y llegando incluso a declarar por concluido el procedimiento por sustracción de la materia al haber emitido un Laudo Final en detrimento de los intereses de Azteca.
27. Por estas razones consideramos relevante no solo dar cuenta de las decisiones administrativas del CC Ad Hoc al tomar conocimiento de dichos laudos arbitrables, sino que se busca esclarecer acerca de cómo se debe ejercer correctamente la función de solución de controversias de OSIPTEL ante dichos pronunciamientos de los Tribunales Arbitrales.

● **Sobre la función de solución de controversias de OSIPTEL de acuerdo al marco regulatorio**

28. En cuanto al alcance de la función de solución de controversias de OSIPTEL, consideramos pertinente mencionar el marco legal que rige dicha función administrativa.
29. Así, tenemos que el artículo 3° de la Ley N°27332 establece que, dentro de su ámbito de competencia, los organismos reguladores ejercen la función de solución de controversias, a través del cual se concilian intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia.
30. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N°0008-2003-AI/TC ha indicado que a través de la referida Ley se ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado.
31. En materia de compartición de infraestructura de uso público, el artículo 36° de la Ley N°27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL, precisó que son competentes para resolver controversias el Cuerpo Colegiado, en primera instancia, y el Tribunal Administrativo, en

segunda instancia. Además dicho artículo consagra la competencia de dichos órganos para conocer toda controversia que puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes sea empresa operadora de tales servicios.

32. Al respecto, el Decreto Supremo N°008-2001-PCM, que aprueba el Reglamento General de OSIPTEL, modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N°019-2005-PCM, precisa que el OSIPTEL es competente para conocer las controversias en torno al acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, en el marco del servicio público de su competencia. Ello, se condice con el artículo 2° de la Resolución N°136-2011-CD-OSIPTEL, que aprobó el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aplicable a todas las reclamaciones iniciadas por Azteca.
33. Así pues, de las normas citadas se puede desprender que la función de solución de controversias de OSIPTEL ejercida por el CC Ad Hoc y el TSC abarca aquellas controversias en torno al acceso y uso de infraestructura entre Azteca y las empresas eléctricas, siempre que se plantee como consecuencia de acciones que puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. Para ello, deberá tener en cuenta que, conforme lo señala expresamente el artículo 32° de la LBA y el artículo 33° del RLBA, el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones relativas a la compartición de infraestructura eléctrica.
34. Es el caso que, las supuestas acciones de las empresas eléctricas consistentes en reusarse a respetar el precio máximo legal establecido para el pago de la contraprestación periódica afectarían el despliegue eficiente de las redes de telecomunicaciones para la implementación de la Banda Ancha, y por lo tanto habilitarían a los órganos de OSIPTEL a intervenir para velar por el cumplimiento de las condiciones establecidas en la LBA y el RLBA para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica.
35. Así, no se debe perder de vista en que la LBA regula la política de Estado dirigida a fomentar la implementación de la Banda Ancha, a fin de lograr la conectividad a internet en todo el territorio nacional y es por ello que se declaró de necesidad pública el acceso y uso a la infraestructura de acceso pública, siendo el OSIPTEL el encargado de velar por el cumplimiento de dicha normativa. Entre dichas prerrogativas se encuentra la facultad de hacer cumplir la fórmula reglamentaria que regula la contraprestación periódica. De ahí que, las normas que regulan la competencia de los órganos que ejercen la función administrativa de solución de controversias determinen claramente que es competencia exclusiva de OSIPTEL la materia reclamada por Azteca.

36. Sin perjuicio de ello, tal como adelantamos, el CC Ad Hoc ha sostenido en casos como el de Redesur, la necesidad de declarar de oficio la suspensión del procedimiento por la supuesta configuración de un avocamiento indebido, aplicando el artículo 320° del Código Civil; en atención a lo establecido en el numeral 2) del artículo 139° de la Constitución y por vulnerar el principio *Kompetenz-Kompetenz*, regulado en el artículo 41° del D.L. N°1071.

● **Sobre el concepto de avocamiento indebido y el principio *Kompetenz-Kompetenz*, y su relevancia en el caso en concreto**

37. En este punto, es importante partir de que el artículo 74° del TUO de la LPAG, establece que el ejercicio de la competencia de la Administración es irrenunciable y que solo por ley o mandato judicial es posible que una autoridad renuncie a ejercer alguna atribución administrativa. Así pues, siguiendo a Morón Urbina, esta disposición ratifica lo indisponible que es para la propia Administración su competencia funcional asignada; por ello, es que se prohíbe de manera expresa que las entidades administrativas renuncien a la titularidad de una competencia administrativa, siendo las únicas excepciones a esta regla la ley expresa y la existencia de un mandato judicial firme en un caso concreto que ordenen a la Administración se abstenga de ejercer una atribución (2020, p.531-532).

38. A pesar de ello, el CCO dispuso en diferentes resoluciones que se suspenda el procedimiento en aplicación de lo dispuesto por el artículo 320° del Código Procesal Civil, en virtud del cual se puede suspender los procedimientos judiciales en los casos previstos legalmente o cuando a criterio del juez sea necesario. Al respecto consideramos que la aplicación de dicho artículo desconocería la regla imperativa contenida en el artículo 74° del TUO de la LPAG que reduce el margen que tiene la Administración Pública para dejar de ejercer su competencia a los supuestos de ley expresa y mandato judicial.

39. De igual modo, se debe tener en cuenta que alegar la aplicación supletoria de normas del código procesal se debe ejercer en compatibilidad con el ordenamiento que rige el procedimiento administrativo general, de conformidad con el tenor del artículo IV, numeral 1.2. del TUO de la LPAG, que establece lo siguiente: “la regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

40. El CC Ad Hoc también ha considerado suspender la tramitación de la controversia por incurrir en la prohibición derivada del numeral 2) del

artículo 139° de la Constitución y del artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impiden el avocamiento indebido a causas pendientes de resolución ante algún órgano jurisdiccional. Al respecto, el tribunal constitucional ha señalado en diversas sentencias, como la recaída en el expediente N°06334-2007-PHC/TC que dicha figura supone el desplazamiento al juez del juzgamiento de una determinada causa para que el proceso sea resuelto por una autoridad distinta.

41. Así pues, se debe reparar en que en ningún caso el ejercicio de la competencia del CC Ad Hoc en ningún caso paralizar los procesos arbitrales, ni traslada la discusión del fuero arbitral al fuero administrativo. La función administrativa de OSIPTEL se ejercer en todos los casos en el marco normativo que rige su competencia, de modo que nos se aprecia algún desplazamiento de la jurisdicción arbitral.
42. El CC Ad Hoc también ha considerado suspender los procedimientos administrativos por una supuesta vulneración al principio *Kompetenz-Kompetenz*. Sobre el particular, se debe señalar que se trata de un principio de la actividad arbitral consagrado en el artículo 41° del D.L. N°1071 en virtud del cual los tribunales arbitrales se encuentran facultados para resolver su propia competencia. Sin embargo, consideramos que en ningún caso basta alegar dicho principio para desconocer la competencia previa y obligatoria de OSIPTEL para resolver la controversia.
43. Es así que, en ningún caso se puede alegar una vulneración al principio que rige la actividad arbitral cuando se trata del ejercicio obligatorio de una facultad atribuida directamente por a ley a los órganos que ejercer función administrativa se solución de controversias. Así pues, en todos los casos la aplicación de dicho principio supone como antecedente que la cuestión controvertida sea materia arbitrable y que sea el propio CC Ad Hoc o el TSC que cuestione directamente la competencia del tribunal arbitral.
44. Siguiendo la lógica del presente informe, se debe reparar en que la materia controvertida no es arbitrable y que en todo caso los órganos administrativos de OSIPTEL están cumpliendo con su obligación de ejercer sus competencias conforme a la ley, lo que en ningún caso puede implicar cuestionamientos a los fueros jurisdiccionales.
45. Así pues, en la medida que el Perú es un Estado constitucional y democrático de Derecho, el ejercicio de la jurisdicción arbitral, de carácter excepcional, no puede llevarse a cabo inobservando la Constitución y la ley. De ahí que, sea importante advertir que el carácter indisponible de

una controversia se constituye como un límite para la competencia de los tribunales arbitrales, quienes en virtud del Principio de *kompetenz-kompetenz* cuentan con la facultad de declarar su incompetencia ante la intención de una parte de llevar al fuero arbitral solo cuestiones que versen sobre materias indisponibles.

**VI.2. Problema principal N°02: ¿Cómo se determina técnica y jurídicamente la variable “Na” contenida en la fórmula reglamentaria que regula la contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica?**

46. Entrando al fondo de la controversia, en el presente acápite nos proponemos a ensayar una respuesta a cómo debe interpretarse la fórmula metodológica contenida en el Anexo 1 del RLBA, en concreto, a qué valor debe otorgarse a la variable “Na” de dicha fórmula. Para ello, debemos mencionar lo siguiente:

47. La metodología del Anexo 1 del Reglamento establece la fórmula normativa:

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

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**

Donde:

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

**f: 20% para Baja Tensión y 18.3% para Media y Alta Tensión (...)**

48. En la reclamación, Azteca alegó que el valor del factor “Na” de la fórmula reglamentaria siempre fue tres (3) desde la emisión del RLBA. Por su parte, Enel sostuvo que antes del Mandato de Compartición existía incertidumbre absoluta con respecto a valor del factor “Na” de la fórmula reglamentaria, puesto que dicho valor nunca estuvo fijado de forma expresa por el Anexo 1 del RLBA, de modo que recién fue fijado como tal en el referido Mandato. Asimismo, sostuvo que OSIPTEL no podría pasar basar su pronunciamiento en informes o documentos que no son vinculantes, no forman parte de la ley, ni del reglamento, de modo que

estos carecen de eficacia o valor jurídico sobre las partes que celebraron el Contrato de Compartición. Sin perjuicio de ello, señaló que el Informe N°251-2013-MTC/26 que refiere a la evaluación de los comentarios efectuados por la ciudadanía respecto al proyecto del RLBA, consideró conveniente efectuar modificaciones a la fórmula reglamentaria, pero no realizó ninguna modificación al factor B ni se determinó un valor a la variable “Na”.

49. Pues bien, con la finalidad de determinar cómo se determina técnica y jurídicamente la variable “Na” de la metodología, consideramos pertinente responder lo siguiente:

**VI.2.1. Problema secundario N°01:** ¿la fórmula normativa es, desde el punto de vista jurídico, es susceptible de ser interpretado más allá de su literalidad?

- **Sobre la literalidad como método de interpretación jurídica**

50. Consideramos que el quid de la discusión radica en cómo debe interpretarse la fórmula reglamentaria, esto es optar por ceñirnos a la literalidad del precepto “Na = número de arrendatarios”, referido al número de arrendatarios efectivos, para lo cual se optará por otorgarle a “Na” el valor de 1, o, por el contrario, considerar como un posible jurídico el poder trascender de la literalidad para comprender el razonamiento económico que subyace a la fórmula.
51. Para dilucidar esta disyuntiva, es importante dar cuenta de que la interpretación jurídica es la aproximación a una fórmula verbal que apunta a encontrar su significado legal, y si bien ese significado muchas veces coincide con la gramática, ello no siempre es así; puesto que algunos casos la norma será ambigua, sea por razones de semántica, de sintaxis o de contexto, y ello hace que la norma sea pasible de diversas interpretaciones (Zusman, 2018, p. 27).
52. Asimismo, se debe considerar que aunque la norma no sea gramaticalmente ambigua, su sentido no siempre coincide con aquello que se denomina “la intención del legislador” o “propósito de la ley”, ya sea porque el resultado de dicha literalidad produciría un absurdo o porque resultaría en una incoherencia (2018, p.27). Como bien apunta Zusman, dicha afirmación no es aceptada para los literalistas más extremo; pues para ellos, el juzgador está obligado a respetar el texto de la ley, por más que el resultado sea absurdo (2018, p.27).

53. En esa misma línea, De Trazegnies (2020, p. 60) enseña que el texto literal de la ley constituye un marco para la interpretación, pues no es admisible una interpretación *contra legem*; no obstante, se debe comprender que dentro de ese marco caben todavía otras interpretaciones. Ello, en la medida que la interpretación no implica dejar de lado el texto literal de la ley, sino rellenar su interior con las verdades y métodos normalmente aceptados por la comunidad jurídica y con otros elementos que no proceden del derecho, sino del entorno de realidad, siendo criterios generalmente aceptados los de la ética, economía, política, entre otros.
54. De esa manera, se puede afirmar que el texto literal de una norma, por más clara que aparente ser, no obliga al intérprete a ceñirse a dicha literalidad, en tanto siempre habrá un espacio para dotarla de contexto, intencionalidad, y criterios incluso ajenos al derecho.
55. En concreto, se tiene que el factor “Na” está definido como el “número de arrendatarios”; sin embargo, la fórmula normativa no se refiere a un número determinado, no existe una referencia que sea expresa en norma y que indique si el valor es 1 o 3, o cualquier otro valor, de modo que dotar de contenido a dicho precepto normativo se debe inevitablemente ir más allá de la simple literalidad, para lo cual necesariamente se debe atender a la lógica económica que subyace a la fórmula.

- **Sobre el principio de verdad material en los procedimientos administrativos trilaterales**

56. En el caso de la administración pública al instruir un procedimiento administrativo trilateral, consideramos que no es posible limitar su actividad probatoria a la literalidad de una norma; puesto que contravendría el principio de verdad material consagrado en el artículo IV numeral 1.11 del TUO de la LPAG.
57. En efecto, Martín Tirado (2021) sostiene que la actividad probatoria se encuentra muy relacionada al procedimiento administrativo y a la ley, se modo que dicha actividad debe respaldarse en fundamentos fácticos y jurídicos que puedan otorgar certeza a los hecho o datos brindados, tanto por el administrado como por la propia autoridad administrativa. Es así que, de acuerdo con Guzmán (2020) en un procedimiento administrativo trilateral está presente y vigente el principio de verdad material, a través del cual se busca comprobar la información brindada y que la autoridad formule su propia convicción respecto a la resolución del caso en concreto, en mérito de la verdad material a obtener (citado en Martín Tirado, 2021, p. 237).

58. Siguiendo a Martín Tirado (2021), en los casos de los procedimientos a pedido de parte, la carga de la prueba le corresponde a quien inicia el mismo, sin perjuicio de que la autoridad administrativa busque la verdad material del caso en concreto. De ahí que, en los procedimientos trilateral la actividad probatoria no solo debe ajustarse a las pruebas ofrecidas y actuadas por las partes, sino que debe atender a los principios de impulso de oficio, y de búsqueda de la verdad material.
59. De esta manera, consideramos que existen fundamentos doctrinales en materia administrativa y de interpretación jurídica para confirmar que hay no impedimentos legales para que OSIPTEL se inhiba de examinar el razonamiento económico de la fórmula reglamentaria, a fin de lograr dilucidar si es cierto que el MTC le otorgó a la variable “Na” el valor de tres (03) desde la versión primigenia de la fórmula, por el contrario, consideramos que es un deber de los órganos de OSIPTEL atender a los medios probatorios de las partes a fin de buscar la verdad material detrás de las alegaciones de ambas partes.
60. Por ese motivo, a continuación, absolveremos la cuestión en torno a qué valor probatorio se le debe otorgar a los informes del MTC en virtud de los cuales se aprobó la fórmula reglamentaria y su modificatoria.

**VI.2.2. Problema secundario 2: ¿El carácter no normativo de los Informes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones impiden atribuirles valor probatorio para resolver la controversia?**

61. Consideramos que en virtud al principio de verdad material, toda documentación técnica que razonablemente pueda llevarnos confirmar los fundamentos de Azteca respecto a que el valor de “Na” es igual a 3 se constituirá como un medio probatorio pertinente para el procedimiento de solución de controversias.
62. Así, se debe tener en cuenta que en atención a la Octava Disposición Complementaria Final de la LBA, el MTC emitió la Resolución Ministerial N°388-2013, en virtud de la cual se sometió a consulta pública el proyecto de la RLBA, la misma que se sustentó en el Informe N°083-2013-MTC/26; luego, a través el Informe N°251-2013-MTC/26 se realizó nuevamente una evaluación al proyecto, que si bien carece de valor normativo, ello no impide o anula su valor probatorio para dotar de contenido económico a la fórmula reglamentaria. De ese modo, si bien el Informe N°251-2013-MTC/26 no tiene carácter normativo, es un documento

técnico que coadyuva a poder interpretar y resolver la controversia entre las partes.

63. En dicho informe técnico, se aclara que existe una relación directa entre la variable “OMc” y “B”, en la medida que ambas se refieren a los costos incrementales generados por la implementación de los cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica.
64. De la fórmula  $RM=Imp + OMc \times B \times (1 + im)$  se puede advertir que la correlación directa entre los factores “OMc” y “B”, siendo que el factor “OMc” refleja el costo adicional de operación y mantenimiento en el que una empresa eléctrica incurre por compartir la infraestructura eléctrica, y el factor “B” es el un factor de distribución de dicho costo adicional entre los arrendatarios.
65. Asu vez, “OMc” está definida en la fórmula como “f” multiplicado por “OMs”, siendo que el factor “f” está valorado en la fórmula originaria como “20%” sin precisar el procedimiento seguido para su determinación. Sin embargo, es importante notar que el procedimiento para la determinación de factor “f” se encuentra explicado en el Informe N°251-2013-MTC/26, donde detalla que dicho valor se obtiene considerando dos criterios: i) el criterio de espacio y ii) el criterio del peso, lo cual ha sido claramente explicado en la resolución del Tribunal de Solución de Controversias.
66. En resumen, de acuerdo con el Informe técnico del MTC, el factor “f” se refiere al porcentaje relacionado al peso de los cables de fibra óptica que la fórmula reglamentaria asume que se apoya en la infraestructura, a fin de calcular el costo incremental por compartir infraestructura, mientras que “Na” es el número de arrendatarios entre los que se distribuye el costo incremental, de acuerdo a los cables existentes.
67. De modo tal que, si el razonamiento del MTC consideró la presencia de tres cables para calcular el valor de “f”, como si hubieren tres arrendatarios sirviéndose de la infraestructura eléctrica, corresponde que el costo incremental sea dividido entre tres. De ahí que, “Na” sea 3, pues así se logra determinar el costo que debe asumir un arrendatario. Consideramos que el Informe N°251-2013-MTC/26 señala claramente que se han considerado la presencia de 3 cables de fibra óptica para la estimación matemática del valor de “f”. Así pues, desde la emisión del RLBA se puede apreciar que la fórmula reglamentaria se basó en que una infraestructura eléctrica se apoyaba en tres cables de fibra óptica, por lo que el costo incremental, asumido en función al peso de tres cables, siempre debió dividirse entre tres arrendatarios, es decir, siempre “Na” fue 3 para determinar cuál es el costo de debe asumir un solo arrendatario.

68. Es así que, consideremos que para efectos de resolver la controversia era una deber y necesidad que los órganos de OSIPTEL atiendan a la lógica económica de la fórmula reglamentaria, para efectos de resolver las pretensiones de Azteca. Ello implica necesariamente superar la literalidad de la fórmula normativa y atender a los informes técnicos-económicos del MTC que respaldan la emisión del RLBA.

## VII. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

1. La controversia en torno a la correcta interpretación y aplicación de la fórmula reglamentaria contenida en el Anexo 1 del RLBA no es una materia de libre disposición de la partes, y por ende, es una materia no arbitrable.
2. En ningún caso, se puede considerar que el ejercicio de la función de solución de controversias de OSIPTEL implica el avocamiento indebido o la vulneración al principio *Kompetenz-Kompetenz* de los Tribunales Arbitrales que aplicaron incorrectamente la regulación de la LBA y su Reglamento.
3. De las normas rigen la función de solución de controversias de OSIPTEL, concordado con el marco normativo de la Banda Ancha, se colige que es competencia exclusiva y excluyente del este organismo velar por el cumplimiento de la normativa que rige el acceso y uso a infraestructura eléctrica, lo que incluye resolver la controversias que surjan en torno a la aplicación de la Metodología contenida en el Anexo 1 del RLBA.
4. La fórmula normativa no ha otorgado un valor expreso a la variable “Na”, de modo que su interpretación necesariamente debe atender a los fundamentos que llevaron a su emisión, esto es, la revisión de los informes técnicos elaborados por el MTC, lo cual no implica dotar de valor normativo a los mismos, sino es la manifestación del principio de verdad material.
5. El método de la interpretación jurídica no limita al intérprete a ceñirse a la literalidad; por el contrario, lo invita a ir más allá de la misma, sirviéndose para dichos casos de factores como el contexto y la intencionalidad del legislador.
6. En atención al principio de verdad material la administración debe utilizar todos los medios posibles para esclarecer las alegaciones de las partes, sin reemplazar el deber probatorio de quien alega los hechos. Así pues,

los informes del MTC revisten de un carácter técnico y económico que coadyuvan a esclarecer los fundamentos del reclamante

## VIII. REFERENCIAS

Bueno, J., De Hoces, J., Gavela, A., Sánchez-Andrade, M., Santa-María, L., Vilachá, L. (2015) *Lecciones Fundamentales de Derecho Administrativo (Parte Generales y Parte Especial)*. Thomson Reuters

Caivano, R. J. (2013). Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro Jurídico*, (12), 62-78. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>

Castillo, M y Sabroso, R. (2011). *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Palestra.

De Trazegnies, F. (2020). La Verdad Construida Algunas reflexiones hererodoxas sobre la interpretación legal. *Interpretación del contrato y del acto jurídico en el Derecho peruano*. Instituto Pacífico.

Gonzales de Cossio, F. (2011). *Arbitraje*. Porrúa.

Landa, A. (2008) El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jursiprudencia del Tribunal Constitucional. *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje llevado a cabo en septiembre del 2007*. Palestra.

Morón Urbina, J. (2020) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL (2021). Nuevo “Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas” - Declaración de Calidad Regulatoria (Informe N°00014-STSC/2021). <https://www.osiptel.gob.pe/n-248-2021-cd-osiptel/>

Tirado, R. M. (2002). Análisis de la "función normativa"; de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. La dicotomía del rol del Estado en la actividad económica: subsidiariedad y solidaridad. *IUS ET VERITAS*, 12(24), 93-111. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16173>

Tirado, R. M. (2021). El principio de verdad material en el procedimiento administrativo. En. Espinosa-Saldaña, E. *Estudios sobre derecho administrativo Vol I. A 20 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General*. (pp. 235-268)

Zusman, S. (2018) *La interpretación de la Ley*. Fondo Editorial PUCP.

**ANEXO 1: LISTADO DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE LOS  
MANDATOS DE COMPARTICIÓN EMITIDOS A FAVOR DE AZTECA**

<b>Solicitudes de Mandatos de Compartición iniciados por Azteca ante el Consejo Directivo de OSIPTEL</b>		
<b>N.º</b>	<b>Expediente</b>	<b>Solicitado</b>
1	001-2015-CD-GPRC/MC	Red de Energía del Perú S.A.
2	002-2015-CD-GPRC/MC	Consortio Transmantaro S.A.
3	003-2015-CD-GPRC/MC	Interconexión Eléctrica Isa Perú S.A.
4	004-2017-CD-GPRC/MC	Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C.
5	005-2017-CD-GPRC/MC	Red Eléctrica del Sur S.A.
6	007-2017-CD-GPRC/MC	Luz del Sur S.A.A.
7	008-2017-CD-GPRC/MC	Inversiones Shaqsha S.A.C.
8	009-2017-CD-GPRC/MC	Statkraft S.A.C.
9	010-2017-CD-GPRC/MC	Consortio Energético de Huancavelica S.A.
10	011-2017-CD-GPRC/MC	Electro Dunas S.A.A.
11	012-2017-CD-GPRC/MC	Proyecto Especial Olmos Tinajones
12	013-2017-CD-GPRC/MC	Consortio Eléctrico Villacuri S.A.C.
13	018-2017-CD-GPRC/MC	Electrocentro S.A.
14	001-2018-CD-GPRC/MC	Seal S.A.
15	002-2018-CD-GPRC/MC	Electro Sur Este S.A.A.

1 6	003-2018-CD-GPRC/MC	San Gabán S.A.
1 7	005-2018-CD-GPRC/MC	Adinelsa S.A.
1 8	006-2017-CD-GPRC/MC	Enel S.A.A.
1 9	007-2018-CD-GPRC/MC	Electro Puno S.A.A.
2 0	008-2018-CD-GPRC/MC	Egesur S.A.
2 1	009-2018-CD-GPRC/MC	Electro Oriente S.A.
2 2	011-2018-CD-GPRC/MC	EILHICHA S.A.
2 3	012-2018-CD-GPRC/MC	Electro Tocache S.A.
2 4	014-2018-CD-GPRC/MC	Egemma S.A.
2 5	015-2017-CD-GPRC/MC	Electronoroeste S.A.
2 6	016-2017-CD-GPRC/MC	HIDRANDINA S.A.
2 7	017-2017-CD-GPRC/MC	Electronorte S.A.

**ANEXO 2: LISTADO DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE LAS RECLAMACIONES INICIADAS POR AZTECA**

<b>Reclamaciones contra empresas eléctricas iniciadas por Azteca ante el CCO Ad Hoc de OSIPTEL</b>		
<b>N.º</b>	<b>Expediente</b>	<b>Reclamado</b>
1	004-2018-CCO-ST/CI	CONEHUA
2	005-2018-CCO-ST/CI	REDESUR

3	006-2018-CCO-ST/CI	LDS
4	007-2018-CCO-ST/CI	TESUR
5	008-2018-CCO-ST/CI	ENEL
6	011-2018-CCO-ST/CI	Electro Dunas
7	012-2018-CCO-ST/CI	Statkraft Perú
8	013-2018-CCO-ST/CI	SEAL
9	014-2018-CCO-ST/CI	HIDRANDINA
10	015-2018-CCO-ST/CI	ENSA
11	016-2018-CCO-ST/CI	ENOSA
12	017-2018-CCO-ST/CI	-ELECTROCENTRO
13	018-2018-CCO-ST/CI	ELSE
14	019-2018-CCO-ST/CI	PEOT
15	020-2018-CCO-ST/CI	ADINELSA



## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

**Nº 00026-2020-TSC/OSIPTEL**

Lima, 4 de diciembre de 2020

<b>EXPEDIENTE</b>	008-2018-CCO-ST/CI
<b>RECLAMANTE</b>	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
<b>RECLAMADA</b>	Enel Distribución Perú S.A.A.
<b>MATERIA</b>	Acceso y uso compartido de infraestructura
<b>PROCEDENCIA</b>	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 Hoc<sup>1</sup> (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 ENEL<sup>2</sup>, 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 accesorio, solicitó que se ordene la restitución del monto que habría pagado en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> 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 OSIPTEL<sup>3</sup> 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 accesorio 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 accesorio.
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-SA<sup>4</sup>, con el Decreto de Urgencia N° 026-2020<sup>5</sup>, y con las prórrogas dispuestas por Decreto Supremo N° 076-2020-PCM<sup>6</sup> y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM<sup>7</sup>, 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:

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de marzo de 2020.

<sup>5</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de marzo de 2020.

<sup>6</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de abril de 2020.

<sup>7</sup> 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 124<sup>8</sup> del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>9</sup> (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

<sup>8</sup> **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)*

<sup>9</sup> 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 Reglamento<sup>10</sup>, 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

<sup>10</sup> 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 fórmula<sup>11</sup>, 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 visible<sup>12</sup>. 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/OSIPTTEL, fue dictado por el OSIPTTEL 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.

<sup>11</sup> 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”.

<sup>12</sup> Por ejemplo, en la Resolución N° 115-2014-CD/OSIPTTEL 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 entidad<sup>13</sup>.
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 Compartición<sup>14</sup> 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

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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 pronunciamientos<sup>15</sup>, 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.

<sup>15</sup> 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 similares<sup>16</sup> y que también resulta aplicable al presente procedimiento, esta necesidad de evaluar toda la documentación relacionada con la controversia descansa en la correcta aplicación del Principio de Verdad Material, conforme al cual la autoridad debe verificar plenamente los hechos que sustenten su decisión, adoptando todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley.
50. La observancia de este principio es exigible también en los procedimientos trilaterales, en los que incluso cabe la sustitución del deber probatorio que corresponde a las partes si el pronunciamiento de la autoridad pudiera involucrar el interés público, como ocurre en el presente caso.
51. Por tanto, puede concluirse que el Informe N° 251-2013-MTC/26, resulta plenamente pertinente para evaluar los alcances de la controversia entre AZTECA y ENEL respecto de la determinación del valor del denominador “Na” considerado en la fórmula contenida en la Metodología, al igual que otros medios probatorios aportados que, si bien tampoco tienen la calificación normativa, permiten a este Tribunal interpretar las normas que forman parte del ordenamiento jurídico aplicable.
- (ii) Sobre el conocimiento de los alcances del Informe N° 251-2013-MTC/26
52. ENEL cuestionó el Informe N° 251-2013-MTC/26 por no haber sido de conocimiento de las partes, mientras que en la resolución apelada también se afirma que las partes no conocieron el documento. ENEL considera que la falta de publicidad del referido informe generó que las partes no pudieran tener conocimiento de los alcances de este, a fin de ser considerado por AZTECA y ENEL al momento de suscribir el Contrato de Compartición.
53. Al respecto, resulta pertinente mencionar que la invocada falta de conocimiento sobre la forma correcta y lícita de aplicar los reales alcances de la fórmula prevista en la Metodología no puede dar lugar a que las partes apliquen una contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura que supere el precio máximo que establece el Reglamento. Admitir esta posibilidad implicaría que, por el alegado desconocimiento de los alcances de una disposición de carácter regulatorio, se apliquen términos y condiciones de compartición que sean contrarios al marco normativo y puedan afectar el interés público que se pretende resguardar.
54. En el presente caso, la determinación de la contraprestación periódica trasciende el interés particular de los administrados, en tanto involucra la existencia de un interés público, de modo que no puede existir posibilidad lícita alguna de que las partes apliquen libremente una contraprestación periódica por encima del máximo que resulta de la aplicación de la fórmula establecida en el Reglamento.
55. En tal sentido, incluso un eventual desconocimiento de las partes sobre la forma correcta de determinación de la contraprestación periódica, no enerva el deber de la

<sup>16</sup> 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)<sup>17</sup>, 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

<sup>17</sup> 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 FITEL 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%<sup>18</sup>.
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 óptica<sup>19</sup>; (ii) se habría

<sup>18</sup> “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 mm<sup>2</sup>) 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 mm<sup>2</sup> es aproximadamente de 745 Kg/Km; el cálculo del ratio entre los pesos indicados (3x95/3x745) es 15%.”

(Informe N° 251-2013-MTC/26)

<sup>19</sup> “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”<sup>20</sup>; y, (iii) existiría una imprecisión en el cálculo del ratio obtenido para definir el valor conforme al criterio de peso<sup>21</sup>.

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).

<sup>20</sup> “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 indesligable 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).

<sup>21</sup> “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, ascendiente 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 titular<sup>22</sup>.
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).

---

<sup>22</sup>

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

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

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

(...)

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

(...)

(Énfasis añadido)



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

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



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



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

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

(...)

2.5.1 Actualización de la variable “f”

(...)

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

(Énfasis añadido)

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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



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

118. Cabe señalar que durante la tramitación de otro procedimiento que fue tramitado en esta instancia<sup>23</sup>, 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

<sup>23</sup> 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 aplicable<sup>24</sup>, 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,

<sup>24</sup> 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 ENEL<sup>25</sup>.
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

---

<sup>25</sup>

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/ 2 152 587,06<sup>26</sup>.
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 2017<sup>27</sup>. En la misma pretensión se solicita que, en caso no se acoja

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

<sup>27</sup> 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.”<sup>28</sup>*

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 reclamo<sup>29</sup>.
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.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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 General<sup>30</sup>.
147. Al respecto, el artículo VI<sup>31</sup> 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 norma<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 136-2011-CD/OSIPEL - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPEL 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.

<sup>31</sup> **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)

<sup>32</sup> **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 V<sup>33</sup> 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/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 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 OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución del 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*



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

*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.**

Firmado digitalmente por: MELGAR  
CORDOVA Eduardo Robert FAU  
20216072155.sob

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 2017<sup>34</sup>.
- 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 eléctrica<sup>35</sup>. El número de infraestructuras se muestra a continuación:

N°	Código	Tensión	Resumen Cantidades
1	EA060COU0S0-300-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:

N°	Código	Descripción	Julio 2016 - Marzo 2017	Abril 2017 - Julio 2017
1	EA060COU0S0-300-A2	1 Poste autoportable de acero (18/7600) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-18	\$14,167.14	\$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:

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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 autoportable 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	\$2.68	\$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 autoportable de acero (18/7600) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-18	\$3,995.09	\$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
<b>Total de los montos que debieron ser pagados por código</b>			<b>\$6,922.11</b>	<b>\$7,777.11</b>
<b>Total de los montos que debieron ser pagados por códigos y meses</b>			<b>\$ 62 298.99</b>	<b>\$31 108.44</b>
<b>Total de la contraprestación</b>			<b>\$ 93 407.44</b>	

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 anualmente<sup>36</sup>.

\* \* \*

<sup>36</sup> 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 reclamante<sup>37</sup>, 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
<b>13 meses</b>	<b>Total:</b>	<b>S/ 2'152,587.06</b>	<b>US\$ 652,299.11</b>

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 distinto<sup>38</sup>. 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

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

<sup>38</sup> 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
<b>13 meses</b>	<b>Total:</b>	<b>S/ 2'152,587.06</b>

- 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
<b>13 meses</b>	<b>Total:</b>	<b>S/ 2'152,587.06</b>	<b>S/ 309,482.68</b>	<b>S/ 1'843,104.38</b>

- 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).

\*\*\*