



RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Nº 00029-2020-TSC/OSIPTEL

Lima, 18 de diciembre de 2020

EXPEDIENTE	020-2018-CCO-ST/CI
RECLAMANTE	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
RECLAMADA	Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A.
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica
PROCEDENCIA	Cuerpo Colegiado Ad Hoc

SUMILLA: Se *REVOCA* la Resolución N° 020-2020-CCO/OSIPTEL, emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en el extremo en que declaró infundadas la primera pretensión principal y la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A.; y, reformándola, se declaran *FUNDADAS* la pretensión principal y la pretensión accesoria, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Se *ORDENA* a Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A la devolución del importe ascendente a la suma de US\$ 44,567.16, 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 con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 020-2018-CCO-ST/CI (Cuaderno Principal).
- (ii) El recurso de apelación del 1 de julio de 2020, interpuesto por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra la Resolución N° 020-2020-CCO/OSIPTEL del 5 de junio de 2020, (en adelante, Resolución Impugnada), emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc¹ (en adelante, el CCO).
- (iii) El escrito de absolución presentado por Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. (en adelante, ADINELSA) con fecha 10 de noviembre de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 18 de diciembre de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra ADINELSA manifestando que existe una controversia en el marco del “Contrato de Acceso y

¹ El Cuerpo Colegiado Ad Hoc fue constituido mediante Resolución N° 285-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 28 de diciembre de 2018.



Uso de Infraestructura Eléctrica – Compartición de Infraestructura Eléctrica”, celebrado el 4 de marzo de 2015 (en adelante, 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. En concreto, AZTECA solicitó como pretensión principal declarar que la contraprestación exigida en marco de la relación de compartición excedía el importe máximo de retribución exigible por el uso compartido de infraestructura. Como pretensión accesoria solicitó que se ordene la restitución del monto que habría pagado en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición dictado por el OSIPTEL² 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 ADINELSA emita en el futuro.
3. Mediante Resolución N° 001-2019-CCO/OSIPTEL del 7 de enero de 2019, el CCO otorgó a AZTECA el plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de que precise el monto que solicitan devolver en la pretensión accesoria. Atendiendo a ello, el 14 de enero de 2019, AZTECA subsanó el defecto advertido por el CCO, precisando que el monto que solicitan ADINELSA devuelva asciende a US\$ 44,567.16.
4. Mediante Resolución N° 002-2019-CCO/OSIPTEL del 21 de enero de 2019, el CCO admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra ADINELSA.
5. El 14 de febrero de 2019, ADINELSA contestó la reclamación interponiendo una excepción de incompetencia, por considerar que el CCO no sería competente para pronunciarse en este procedimiento. En ese sentido, solicitó que la reclamación sea declarada improcedente.
6. El 5 de marzo de 2019, AZTECA contestó la excepción de incompetencia deducida por ADINELSA, solicitando al CCO que reafirme su competencia.
7. Mediante Resolución N° 006-2019-CCO/OSIPTEL del 3 de abril de 2019, el CCO declaró infundada la excepción de incompetencia deducida por ADINELSA.
8. El 16 de abril de 2019, ADINELSA apeló la Resolución N° 006-2019-CCO/OSIPTEL, a fin de que este Tribunal declare la nulidad del acto administrativo apelado y declare fundada la excepción de competencia interpuesta.
9. Mediante la Resolución N° 010-2019-TSC-OSIPTEL del 13 de junio de 2019, notificada el 20 de junio de 2019, este Tribunal declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por ADINELSA contra la Resolución N° 006-2019-CCO/OSIPTEL, debido a que la controversia materia del procedimiento se encuentra bajo el ámbito de competencia del organismo regulador.
10. El 30 de octubre de 2019, AZTECA comunicó al CCO que corresponde corregir el error material del escrito de fecha 18 de diciembre de 2018 y ajustar el monto que

² Mediante Resolución N° 200-2018-CD/OSIPTEL del 4 de septiembre de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL emitió el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado entre AZTECA y ADINELSA (en adelante, Mandato de Compartición).



ADINELSA debe devolver a AZTECA, es decir, US\$ 49,845.70 en lugar de US\$ 44,567.16.

11. El 30 de diciembre de 2019, ADINELSA presentó ante el CCO sus alegatos y solicitó el uso de la palabra. El 07 de febrero de 2020 se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral convocada mediante Resolución N° 019-2020-CCO/OSIPTEL.
12. Mediante Decreto de Urgencia N° 026-2020, publicado el 15 de marzo de 2020, se dispuso suspender los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo por un plazo de treinta (30) días hábiles. Este plazo fue prorrogado mediante Decreto Supremo N° 076-2020-PCM, publicado 28 de abril de 2020, y mediante Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, publicado el 20 de mayo de 2020, hasta el 10 de junio de 2020. Por tanto, la tramitación del presente procedimiento se reanudó el 11 de junio de 2020.
13. Mediante la Resolución Impugnada, el CCO resolvió lo siguiente:

“Artículo Primero.- Declarar *IMPROCEDENTE* la solicitud presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. a través de su escrito de fecha 30 de octubre de 2019, referida a corregir el supuesto error material incurrido en su escrito de reclamación y considerar el periodo de devolución solo desde abril 2015 hasta diciembre 2016, ajustando a USD 49, 845.79 el monto de devolución de la pretensión accesoria de la pretensión principal; en atención a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Declarar *INFUNDADA* la pretensión principal contenida en la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A., referida a que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. podía exigir a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.

Artículo Tercero.- Declarar *INFUNDADA* la pretensión accesoria de la pretensión principal contenida en la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A., referida a la devolución o, en su defecto, la compensación del monto pagado en exceso por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. por el uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición.”

14. Mediante Escrito N° 7 del 1 de julio de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Impugnada, en el extremo que declaró infundada su reclamación, solicitando que se revoque y sea declarada fundada en todos sus extremos, conforme a los siguientes argumentos:
 - (i) No existe sustento para que el CCO concluya que el denominador “Na” equivale a uno (1), en tanto el colegiado omitió analizar la documentación técnico-económica elaborada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) como el Informe N° 251-2013-MTC/26.
 - (ii) La Exposición de Motivos de la Resolución Viceministerial N° 215-205-MTC/03 no genera efectos sobre las partes, por lo que no es válido que el



- CCO fundamente su interpretación del denominador “Na” en función al proyecto de norma que nunca estuvo vigente en el ordenamiento jurídico.
- (iii) Conforme con el Informe N° 251-2013-MTC/06, la Ley de Banda Ancha y el Reglamento, el costo incremental (asumido en función al peso de tres cables), siempre debió ser dividido entre tres (3) para efectos de identificar cuál es el costo que debe ser asumido por un arrendatario; así, el MTC consideró el peso de tres (3) cables de fibra óptica para determinar el valor de “f”.
 - (iv) El Informe N° 292-2017-MTC/26, que constituye el sustento técnico y económico de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, corroboró que, desde la emisión del Reglamento, el valor de “Na” equivale a tres (3); sin embargo, el CCO no valoró dicho documento.
 - (v) El Oficio N° 520-2017-MTC/03 es una declaración válida que ratifica el sustento técnico y económico del Informe N° 251-2013-MTC/06 e Informe N° 292-2017-MTC/26, los cuales permiten concluir que el denominador “Na” equivale a tres (3), considerando que 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 (en adelante, la Metodología), vigente desde el inicio de la relación contractual entre AZTECA y ADINELSA, no ha variado en cuanto al valor del denominador “Na”.
15. Mediante Escrito N° 8 del 8 de julio de 2020, AZTECA ratificó la presentación del recurso de apelación contra la Resolución Impugnada suscrito por el abogado Hugo Alonzo Navarro, así como sus poderes de representación en el marco del procedimiento administrativo.
16. Mediante Resolución N° 021-2020-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de julio de 2020, el CCO resolvió declarar improcedente por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 020-2020-CCO/OSIPTEL.
17. Mediante Escrito N° 10 del 27 de julio de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 021-2020-CCO/OSIPTEL.
18. Mediante Resolución N° 020-2020-TSC/OSIPTEL del 16 de octubre de 2020, este Tribunal declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 021-2020-CCO/OSIPTEL; y, en consecuencia, se avocó al conocimiento del recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 020-2020-CCO/OSIPTEL del 5 de junio de 2020.
19. Mediante Escrito N° 16 del 10 de noviembre de 2020, ADINELSA absolvió el recurso de apelación, solicitando que sea declarado infundado, en atención a los siguientes argumentos:
- (i) El factor “Na” normativamente es una variable y depende del número real de arrendatarios. La norma es clara, las partes entendieron unívocamente el sentido de esta y no es necesario interpretarla.
 - (ii) Ninguno de los métodos de interpretación (método literal, método de la *ratio legis*, método sistemático por comparación y método histórico) permite entender que el factor “Na” corresponde a una constante igual a tres (3).
 - (iii) El método histórico es el único que permite utilizar documentos que no son normas y para su aplicación debe existir una certeza plena. Sin embargo, en el Informe N° 251-2013-MTC/26 no existen elementos que permitan entender



- que el factor “Na” es igual a tres (3). Incluso, el valor de 20% que finalmente se le otorgó al factor “f” no corresponde al de tres (3) cables estándar.
- (iv) El factor “Na” divide el factor “f”, “OMs” y el porcentaje de ganancia. Sin embargo, no existe documento ni norma que sugiera que el factor “OMs” o el porcentaje de ganancia también estuvieran sobredimensionados por tres (3).
 - (v) AZTECA confunde fundamentos jurídicos básicos al aplicar el principio de verdad material para una labor de interpretación jurídica de una norma.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

20. De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes, considerando lo dispuesto en los artículos 221 y 124³ del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ (en adelante, TUO de la LPAG) y lo expresado en su recurso de apelación, se advierte que AZTECA apeló el extremo en que se declaró infundada su reclamación, esto es, lo relativo a la pretensión principal y accesoria contenida en su reclamación.
21. 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 ADINELSA en virtud de la relación de compartición que tiene con AZTECA excede el precio máximo 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 ADINELSA

3.1.1 El propósito de la compartición de infraestructura y sus características

22. 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.

³ **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)

⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



23. 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.
24. 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.
25. 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)

26. Dichas condiciones han sido desarrolladas en el artículo 30 del Reglamento⁵, 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.
27. 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

⁵ *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)



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.

28. 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

29. 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 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.
30. 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 fórmula⁶, 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”).
31. 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 visible⁷. 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

⁶ 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”.

⁷ Por ejemplo, en la Resolución N° 115-2014-CD/OSIPTEL se fijó el cargo de interconexión tope por adecuación de red en US\$ 1 841.58 por E1, en la modalidad de uso compartido de elementos de adecuación de red.



de compartición puede generar el cobro indebido de un precio superior al máximo establecido por el Reglamento.

32. En el presente caso, AZTECA ha solicitado que se declare que la contraprestación periódica establecida en el Contrato de Compartición que suscribió con ADINELSA 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
33. El Mandato de Compartición fue dictado por el OSIPTEL en ejercicio de su **Función Normativa** y rige la relación de compartición establecida entre AZTECA y ADINELSA 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.
34. 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.
35. 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 entidad⁸.
36. 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 ADINELSA 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).
37. 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 sin restringirse a una interpretación literal del texto de la norma, en tanto resulta indispensable tener en cuenta la finalidad de la Ley de Banda Ancha y

⁸ 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.



su Reglamento, así como del régimen de compartición de infraestructura, atendiendo al interés público que se busca tutelar.

38. 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. 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 ADINELSA, en el periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y la entrada en vigencia del respectivo Mandato de Compartición, superó el precio máximo establecido en el Anexo 1 del Reglamento.
39. 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.

40. 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.
41. 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” considerando 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.
42. Cabe resaltar que la pertinencia de la aplicación del método de interpretación histórico, junto con un criterio teleológico, radica en la necesidad de tomar en consideración la finalidad misma de la Ley de Banda Ancha, su Reglamento y de la Metodología contenida en este. Así, para determinar el valor legal del denominador “Na”, se debe considerar la función de las variables contenidas en este, así como de la fórmula metodológica en su totalidad. En ese sentido, considerando que la materia objeto de controversia no es estrictamente jurídica, sino también técnica, es necesario acudir a los documentos que sustentaron técnicamente la norma, en tanto tal sustento y detalle no se encuentra necesariamente contenido en ella.
43. 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.

44. 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.
45. 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.
46. 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.
47. Antes de verificar la explicación contenida en el Informe N° 251-2013-MTC/26, es necesario analizar los cuestionamientos del CCO sobre su valor probatorio, que se encuentran relacionados con su falta de carácter normativo.
48. 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. No obstante, el CCO cuestionó este documento por no tener carácter normativo.
49. Sobre ello, este Tribunal considera que 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.
50. De esta manera, como se ha señalado, 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.



51. 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.
52. En ese sentido, si bien es indiscutible que el Informe N° 251-2013-MTC/26 no tiene carácter normativo- y por ello no sigue 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. 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.
53. Asimismo, conforme fue reconocido por este Tribunal en pronunciamientos anteriores en el marco de controversias similares⁹ 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.
54. 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 ADINELSA respecto de la determinación del valor del denominador “Na” 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”

55. AZTECA argumenta que el CCO 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.
56. 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, a diferencia de lo que sostiene el CCO, 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.

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

⁹ 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.



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.

57. 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.
58. 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 (...).

59. ADINELSA indica que, al reemplazar los valores de los componentes de la fórmula metodológica, el denominador "Na" no solo divide el factor "f", sino también el factor "OMs" y el porcentaje de ganancia "(1+im)" -como se muestra a continuación-, pese a que no existe documento ni norma que sugiera que estos deben ser corregidos por estar también sobredimensionados en tres (3).

$$RM = Imp + OMc * B * (1 + im)$$

$$RM = Imp + OMc * \frac{1}{Na} * (1 + im)$$

$$RM = Imp + \frac{OMc * (1 + im)}{Na}$$

$$RM = Imp + \frac{f * OMs * (1 + im)}{Na}$$

60. Sin embargo, contrariamente a lo señalado por ADINELSA, el hecho de que el factor "B" representado como "1/Na" en la fórmula metodológica afecte también a los dos factores "OMs" y el "(1+im)" no implica que se esté tratando de corregir sus valores y mucho menos implica que el porcentaje de ganancia o el valor del costo mensual OPEX sin compartición se vean divididos cada uno entre tres (3).
61. Si el factor "B" afecta al factor "OMs", se debe a que este se encuentra vinculado al factor "f", dado que este último representa un porcentaje del valor del primero, y a su vez el factor "(1+im)" también encuentra relación con el resultado de esa



multiplicación. En tales términos, el denominador “Na” afecta a los factores “OMs” y “(1+im)” porque el factor “f” multiplica inevitablemente también a estos factores.

62. Asimismo, cabe señalar que el hecho de que el factor “Na” figure en el denominador, ello no implica que los factores “OMs” y “(1+im)” contengan al denominador “Na” dentro de su definición.
63. En efecto, la definición de la variable “OMs” viene dada por la regulación prevista en el sector eléctrico, el cual considera el cálculo de infraestructura eléctrica, y no considera número de arrendatarios; de igual manera el factor “(1+im)” corresponde al porcentaje de ganancia, que no ha contado con un mayor desarrollo sobre arrendatarios en el Reglamento o Informes. En ese sentido, el valor de estos factores no amerita mayor revisión para efectos del presente caso.
64. 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

65. 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)¹⁰, 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.
66. 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.
67. Además, al efectuar la evaluación del criterio de espacio, el MTC tomó en cuenta la información proporcionada por el FIDEL y la información técnica comparada respecto a la configuración física de los postes eléctricos y el espacio disponible que tienen para ser compartidos.
68. 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 FIDEL, 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.

¹⁰

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.



69. 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 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%.
70. Nótese que este valor asignado al parámetro “f” tomó en cuenta la instalación de tres (3) espacios para el tendido de cables de fibra óptica. En efecto, la información técnica comparada permite verificar el espacio utilizado por los cables de fibra óptica en una torre eléctrica y la información del FTEL confirma que el espacio asignado y empleado en la construcción de la fórmula para la contraprestación periódica por compartición de infraestructura se encuentra reservado para la instalación de tres (3) cables de fibra óptica.
71. 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%¹¹.
72. 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%.
73. 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.
74. 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 óptica¹²; (ii) se habría

¹¹ “Ahora bien, a efectos de plantear los supuestos para efectuar los cálculos correspondientes, en principio se debe indicar que podrían utilizarse diferentes supuestos y efectuar ajustes al modelo que se plantea, no obstante consideramos que un arreglo general estaría compuesto por una línea de 3 fases (con 3 conductores) de media tensión (conductores eléctricos AA de 70 mm²) y hasta 3 cables ADSS de fibra óptica en el mismo poste o torre (cables de hasta 30 hilos, con vanos entre 80 y 120 m).

Así, considerando que el peso de un cable de fibra óptica ADSS es aproximadamente 95 Kg/Km y que el peso de cada conductor de 70 mm² es aproximadamente de 745 Kg/Km; el cálculo del ratio entre los pesos indicados (3x95/3x745) es 15%.”
(Informe N° 251-2013-MTC/26)

¹² “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”¹³; y, (iii) existiría una imprecisión en el cálculo del ratio obtenido para definir el valor conforme al criterio de peso¹⁴.

75. 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.
76. 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.
77. 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.
78. 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 empresas de telecomunicaciones por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica.
79. Asimismo, resulta necesario resaltar que el Informe N° 251-2013-MTC/26 destaca la dificultad de determinar el costo que la compartición de infraestructura eléctrica

(Fundamento 146 de la Resolución Impugnada).

¹³ “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%, lo cual, para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, distorsiona la posibilidad de advertir un vínculo entre los valores de la variable “f” y del denominador “Na” y, tampoco permite una equivalencia del “Na” como constante en tres (3).”
(Fundamento 147 de la Resolución Impugnada).

¹⁴ “Así, a efectos de la determinación del valor “f”, considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, se utilizó el ratio entre el peso aproximado de un cable de fibra óptica ADSS y el peso de cada conductor eléctrico, obteniendo como resultado 15%. Sin embargo, el valor obtenido del ratio citado equivale a 12.75% y no a 15%. (...) Cabe indicar que, 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 151 y 152 de la Resolución Impugnada).



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.

80. 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%, contrariamente a lo alegado por ADINELSA, 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.
81. 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
82. 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.
83. 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”
84. 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.

85. 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.
86. 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.
87. 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.
88. 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 ADINELSA la percepción de ingresos por encima de los costos de operación y mantenimiento que deben ser retribuidos, conforme al marco normativo.
89. 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”).

90. 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.
91. 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.
92. 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 titular¹⁵.
93. En conclusión, si bien la Metodología no contiene un valor expreso asignado a 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).

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

94. 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.

15

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)



95. Frente a ello, el CCO consideró que resultaba necesario determinar si la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 constituía una norma interpretativa o una norma modificatoria del Reglamento respecto del valor del denominador “Na”. Luego de esta evaluación, concluyó que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no era una norma interpretativa, por lo que no podría tener efectos retroactivos, y únicamente tenía efectos modificatorios respecto de las variables “f” y “m” de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento, mas no respecto del valor del denominador “Na”.
96. 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).
97. 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 modificatorio 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).
98. 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.
99. 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.
100. Este Tribunal no comparte esa apreciación, 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)

101. 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.
102. 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.
103. 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 acápite 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)

104. 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

105. 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).
106. 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).
107. Al respecto, 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.
108. En ese sentido, sin desconocer el valor interpretativo de los informes y 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.
109. 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.
110. 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 con la aplicación correcta de la Metodología del 2013.

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



111. 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.
112. Sobre este extremo, el CCO consideró que el Oficio N° 520-2017-MTC/03 no constituye un documento jurídicamente vinculante para fijar el valor del denominador “Na”, más aún cuando existen comunicaciones del MTC en sentido distinto, como el Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, mediante el cual 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.
113. Al respecto, si bien las modificaciones normativas se realizan en ejercicio de 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, como se ha señalado anteriormente, 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 los Oficios N° 520-2017-MTC/03 y N° 579-2017-MTC/26 no tienen naturaleza normativa, no son normas interpretativas ni modificatorias, son documentos mediante los cuales 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.
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 del denominador “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 instancia¹⁶, 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 del Mandato de Participación

¹⁶ Ver: Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTEL 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.



123. Como lo han señalado las partes durante el procedimiento, el Mandato de Compartición estableció las condiciones que rigen la relación contractual de compartición entre AZTECA y ADINELSA 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.
124. Al respecto, es necesario reiterar que los alcances del presente pronunciamiento se circunscriben al periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y la fecha de entrada en vigencia del Mandato de Compartición, que es materia de reclamación. Por tanto, no corresponde en 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.

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

125. De acuerdo con 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, corresponde evaluar si las pretensiones de la reclamación de AZTECA pueden ser amparadas.
126. AZTECA solicitó como pretensión principal que se declare que la contraprestación pagada excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que ADINELSA 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).
127. De acuerdo con ello, a efectos de evaluar la citada pretensión de AZTECA, se requiere verificar los alcances de la contraprestación pagada, es decir, verificar si los pagos efectuados 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”.
128. Sobre el particular, la cláusula sexta del Contrato de Compartición¹⁷ evidencia que las partes acordaron que la contraprestación periódica sería determinada por ADINELSA una vez aprobada la ruta, debiendo adjuntar el sustento correspondiente, para que en el plazo de dos (2) días AZTECA remita sus observaciones, si las tuviera, respecto de la facturación.
129. Cabe mencionar que las partes estipularon que la contraprestación mensual comenzaría a computarse y facturarse, por parte de ADINELSA, a partir de la fecha de comunicación de la aprobación por parte de ADINELSA que incorpora cada ruta al contrato. Por lo tanto, el precio no se fijó de manera expresa en el Contrato de Compartición. Asimismo, en la referida cláusula también se indica que la remuneración mensual será determinado siguiendo la Metodología establecida en

¹⁷ De conformidad con el folio 37 del Expediente N° 020-2018-CCO-ST/CI.



el Anexo 1 del Reglamento y los valores mensuales se ajustarán automáticamente cada vez que los componentes de la Metodología varíen de acuerdo con las modificaciones normativas.

- 130. De la citada cláusula 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 que se ajustará a lo previsto en la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento y posteriormente a la aprobación de la ruta.
- 131. Sin embargo, con fecha 24 de septiembre de 2019, AZTECA remitió el correo electrónico de fecha 2 de junio de 2016, enviado por el personal de AZTECA y dirigido a funcionarios de ADINELSA, a través del cual se comunicó la valorización del alquiler de la infraestructura de ADINELSA, de conformidad con el acuerdo tomado en la reunión sostenida entre personal de ambas empresas. Al respecto, los precios unitarios por tipo de infraestructura alcanzados fueron los siguientes:

CALCULO DE COSTO POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS PROPIETARIO: ADINELSA

		BT	MT	AT
DESCRIPCION DTO 014-2013-MTC	FORMULACION	VALORES BT	VALORES M.T	VALORES A.T.
SUMINISTRO ESTRUCTURA (Costo Regulado)	TP (\$)	178.80	1,701.71	13,700.03
PARTICIPACION MONTAJE	m	0.77	0.77	0.67
BASE TOTAL CALCULO CONTRAPRESTACION	BT	316.48	3,012.03	22,879.05
FACTOR DE CALCULO DEL OMs	i (aplica en baja tension)	N/A	N/A	N/A
	h	0.08	0.13	0.13
COSTO MENSUAL OPEX SIN COMPARTICION	OMs	2.03	33.63	255.48
	f	0.20	0.04	0.04
COSTO MENSUAL OPEX CON COMPARTICION	OMc	0.41	1.45	10.99
IMPUESTOS MUNICIPALES	Imp	0.00	0.00	0.00
NUMERO DE ARRENDATARIOS	Na	1.00	1.00	1.00
FACTOR DE DISTRIBUCION DE COSTOS	B	1.00	1.00	1.00
MARGEN DE UTILIDAD	Im	0.01	0.01	0.01
REMUNERACION MENSUAL (\$/ Estructura)	RM	0.41	1.46	11.09
Cantidad de Estructuras (Unid.)			0	
Costos Parciales (\$.)		-	-	-
Monto a Facturar - Sub Total (S/.)				-
IGV (18%)				-
TOTAL (S/.)				-

- 132. Lo anterior demuestra que los valores de los componentes de la Metodología utilizados para la determinación de los valores unitarios consignados en el Contrato de Compartición, para 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. Asimismo, atendiendo a los requerimientos de información del CCO, mediante escrito del 28 de noviembre de 2019, ADINELSA remitió en formatos Excel el detalle de los valores asignados a los componentes de la Metodología, así como el detalle del cálculo realizado para la determinación de las contraprestaciones. En este documento se muestra que se asignó al denominador “Na” el valor de uno (1). A continuación, se muestra una sección del Formato 1 (Anexo1) remitido por ADINELSA mediante el referido escrito, denominado “Variables usadas para el cálculo de la contraprestación por la compartición entre Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. y Azteca”:



FORMATO 1: VARIABLES USADAS PARA EL CÁLCULO DE LA CONTRAPRESTACIÓN POR LA COMPARTICIÓN ENTRE EMPRESA DE ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA S.A. Y AZTECA

Table with 14 columns: NE, Tipo de torre o poste, Costos de las torres o postes, Participación montaje, Base total Cálculo de Infraestructura eléctrica, Factor del cálculo de los OMs, Costo merual OPD sin competición, Ratio de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura, Costo merual OPD con competición, Impuestos municipales, Número de arrendatarios, Factor de distribución de costos, Margen de utilidad, Remuneración Merual. Rows include codes like PPM04, PPM03, PPM05, etc.

134. No obstante, cabe precisar que el denominador “Na” no siempre mantuvo el valor de uno (1) desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición dado que, mediante diversas comunicaciones, AZTECA solicitó a ADINELSA modificar dicho valor a efectos de considerarlo como tres (3).

135. Al respecto, de la revisión de los medios probatorios aportados mediante el escrito de AZTECA del 24 de septiembre de 2019 también se pudo corroborar que las partes habrían concretado un acuerdo para ajustar dicha variable, por lo que ADINELSA aceptó la reducción en la retribución a cargo de AZTECA según los cálculos realizados para los periodos de enero – julio 2017, agosto – diciembre 2017, enero – abril 2018 y, el acuerdo con las Cartas N° DJ-1184/18 y 198-2018-GG-ADINELSA, abril 2018 - septiembre 2018, durante los cuales se habría aplicado un denominador “Na” igual a tres (3).

136. Mediante escrito del 30 de octubre de 2019, AZTECA solicitó al CCO corregir el error material incurrido en su escrito de reclamación dado que en el mismo se reclamó la devolución del monto de US\$ 44,567.16 y se ajuste a US\$ 49,845.79, considerando que durante el periodo de enero 2017 a septiembre 2018 sí habría sido calculado en función al valor que le corresponde al denominador “Na”, es decir, a tres (3); por lo tanto, el reclamo solo alcanza al periodo durante el cual el cálculo de la retribución mensual por cada punto de apoyo tuvo el valor del denominador “Na” igual a uno (1). Cabe señalar que esta solicitud de AZTECA fue declarada improcedente por el CCO, extremo de la Resolución Impugnada que no fue apelado por la reclamante.

137. Lo anterior demuestra que los valores de los componentes de la Metodología utilizados para la determinación de la retribución mensual en virtud del Contrato de Compartición, para 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) desde abril 2015 hasta diciembre 2016; sin embargo, en concordancia con lo resuelto por el CCO, corresponde analizar la correcta aplicación de la Metodología para determinar las retribuciones desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición.

138. 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



necesario previamente verificar la contraprestación máxima que le correspondía pagar por este concepto durante el periodo en el que corresponde de acuerdo con su pretensión.

139. 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 ADINELSA en la mencionada fórmula. Este ejercicio se efectúa en el **ANEXO A** de la presente resolución.
140. El resultado del cálculo permite afirmar que la contraprestación periódica que AZTECA debía pagar como precio máximo por el acceso y uso compartido de infraestructura asciende al importe de US\$ 111,923.97; sin embargo, en este periodo pagó el importe ascendente a US\$ 174,560.85¹⁸.
141. 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 ADINELSA 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

142. 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 abril 2015 a septiembre de 2018¹⁹. En la misma pretensión se solicita que, en caso no se acoja el pedido devolución, se ordene que el referido monto se compense con los montos consignados en facturas que emitió o emitirá ADINELSA a AZTECA por el mismo concepto, por un monto ascendente a US\$ 44,567.16²⁰.
143. Para evaluar esta pretensión accesoria, se debe determinar previamente si existió un importe pagado en exceso por AZTECA. Ello implica evaluar los documentos

¹⁸ De acuerdo con la reclamación, AZTECA indica que pagó a ADINELSA el importe ascendente a US\$ 177,958.75 (sin IGV) en el periodo comprendido entre abril de 2015 y octubre de 2018. Sin embargo, como ha señalado el CCO, el periodo de reclamación corresponde al comprendido entre abril de 2015 y setiembre de 2018. En dicho periodo, según su escrito de reclamación, AZTECA habría pagado el importe de US\$ 174,856.62. No obstante, se advierte que, entre abril de 2015 y setiembre de 2016, AZTECA pagó a ADINELSA 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, según lo detallado por ADINELSA en su escrito del 30 de octubre de 2020, el tipo de cambio utilizado para el periodo de abril de 2015 hasta junio de 2016 fue de S/ 3.289 y para el periodo de julio hasta setiembre de 2016, de S/ 3.4. En tal sentido, el monto total en dólares realmente pagado por AZTECA por concepto de arrendamiento de infraestructura en dicho periodo asciende a un total de US\$ 174,560.85.

¹⁹ Se debe mencionar que mediante Escrito N° 5 de fecha 24 de setiembre de 2019, en respuesta a la Resolución N° 013-2011-CCO/OSIPTTEL, AZTECA sostuvo que, si bien en su reclamación presentó en el cuadro de cálculos el pago efectuado en octubre de 2018, solicitó que no se considere dicho mes a fin de evaluar la pretensión, dado que el periodo culmina en la emisión del Mandato de Compartición, es decir, en setiembre de 2018. Al respecto, el CCO estimó la referida solicitud porque no se trataba de una variación en la cuantía o modificación sustancial de la pretensión. Al respecto, este Tribunal también estima que no considerar el mes de octubre de 2018 es coherente con el periodo establecido durante toda la controversia y respecto del cual las partes presentaron sus descargos.

²⁰ Mediante Resolución N° 001-2019-CCO/OSIPTTEL se solicitó a AZTECA subsanar la omisión en la que incurrió en su reclamación, dado que la reclamante no consignó el monto de la devolución correspondiente a la pretensión accesoria de la pretensión principal. En respuesta a lo resuelto por el CCO, AZTECA cumplió con subsanar el error advertido por el CCO, determinando que el monto que debe ser devuelto es de US\$ 44,567.16 por lo cobrado en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición (abril de 2015) hasta la emisión del Mandato de Compartición (setiembre 2018).



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.

144. Al respecto, cabe mencionar que, mediante escrito del 30 de octubre de 2019, AZTECA solicitó corregir el supuesto error material incurrido en su escrito de reclamación, ajustando el monto de la pretensión accesoria de US\$ 44, 567.16 a US\$ 49, 845.79. El CCO declaró improcedente la referida solicitud, debido a que dicho ajuste no responde a un error material, sino que implica un cambio sustancial de la pretensión accesoria que no resulta amparable teniendo en cuenta el estado del procedimiento. Dicho extremo no fue cuestionado por AZTECA en su recurso de apelación, por lo que ha quedado consentido. En ese sentido, el cálculo de la devolución se realizará en función al monto de US\$ 44, 567.16.
145. En el **ANEXO B** se ha procedido a realizar el mencionado cálculo. El resultado permite afirmar que AZTECA pagó a ADINELSA un importe total ascendente a US\$ 174,560.85, cuando debió pagar el importe ascendente a US\$ 111,923.97. La diferencia entre ambos conceptos permite concluir que el monto cobrado o pagado en exceso es equivalente a US\$ 62,636.88. No obstante, este importe es superior a lo requerido por AZTECA como parte de su pretensión accesoria, pues solicitó la devolución de un monto ascendente a US\$ US\$ 44, 567.16.
146. En ese sentido, este Tribunal considera pertinente evaluar si corresponde ordenar a ADINELSA la devolución del monto ascendente a US\$ 62,636.88, conforme al resultado del cálculo efectuado, o el importe ascendente a US\$ 44, 567.16, conforme fue solicitado por AZTECA en su pretensión accesoria a su primera pretensión principal, atendiendo a los alcances de la aplicación del principio de congruencia en los procedimientos administrativos trilaterales.

3.3.1 El principio de congruencia en los procedimientos administrativos

147. El principio de congruencia se encuentra recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece que “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.
148. Este principio resulta supletoriamente aplicable a los procedimientos administrativos y, en particular, a los procedimientos tramitados ante los órganos colegiados del OSIPTEL, en virtud de la Primera Disposición Transitoria Final del Reglamento de Solución de Controversias²¹; de lo dispuesto por el principio del debido procedimiento recogido en el inciso 1.2 del numeral 1 del artículo IV del TUO de la LPAG²²; así como de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria y

²¹ **RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 136-2011-CD/OSIPTEL – REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS**
DISPOSICIONES FINALES
PRIMERA.- Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil.

²² **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(...)



Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS²³.

149. Al respecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que el principio de congruencia “constituye un postulado de lógica formal por el cual el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida”. Así, dentro de las clases de incongruencia objetiva se identifican: i) *ultra petita*, cuando el órgano jurisdiccional concede cuantitativamente más de lo pedido; ii) *extra petita*, cuando el Juez concede cosa distinta a la pedida o algo no pedido; y iii) *citra petita*, cuando el Juez incumple pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos o respecto a alguna de las pretensiones²⁴.
150. La Corte Suprema de Justicia también ha señalado que el principio de congruencia implica que el juzgador no puede ir más allá del petitorio, precisando que los efectos de la transgresión de este principio consisten en la nulidad procesal, debido a que constituye un límite para el juzgador y, por tanto, una garantía que otorga seguridad y certeza a las partes²⁵. De igual manera, el Tribunal Constitucional también vincula la transgresión del principio de congruencia con la afectación a otras garantías y derechos constitucionales conexos al debido proceso.
- “(…), la infracción del deber de congruencia supone no sólo la afectación del principio dispositivo al cual también se encuentra sumergido el proceso civil, sino que a consecuencia de ello se puede afectar otros derechos constitucionalmente protegidos, verbigracia el derecho de defensa y, en determinadas ocasiones, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.”²⁶*
151. En línea con lo anterior, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando se emite una sentencia incongruente por *ultra petita* se afecta el principio de logicidad, así como

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. (Énfasis añadido)

²³ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Disposiciones Complementarias

Disposiciones Finales

PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

²⁴ Casación N° 6190-2013 Lambayeque, fundamento 2.

²⁵ Casación N° 2359-2015 Ica, fundamento tercero y cuarto. En dicha sentencia la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema indicó lo siguiente:

“(…) el principio de congruencia procesal implica (…) que el juez no pueda ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes (...) (…), en cuanto a los efectos que genera la transgresión de la congruencia, estos se sitúan en la teoría de la nulidad procesal, que permite invalidar los actos que la contravienen. Es decir, se sanciona la transgresión de la congruencia porque constituye una garantía para las partes, un límite para el juez, que otorga seguridad y certeza a las partes e interviene la posible arbitrariedad judicial”.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03151-2006-AA, fundamento 5.



el derecho al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, contenidos en el artículo 139, incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú.²⁷

152. En tal sentido, el principio de congruencia determina un límite a la discrecionalidad del juzgador, quien no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos distintos de los alegados por las partes. De igual manera, tiene relación directa con principio del debido proceso y los derechos que lo conforman, esto es, el derecho de defensa, el derecho de contradicción y el derecho a la debida motivación. Esto se debe a que este principio garantiza que el juzgador resuelva conforme al petitorio expresado en la demanda o, en este caso, reclamación, a partir del cual se formulan los argumentos de contradicción, excepciones y ofrecimiento de pruebas que materializan la defensa técnica de la contraparte. Por tanto, este principio cobra mayor relevancia en procedimientos en los que exista una contraparte, como son los procedimientos administrativos trilaterales.
153. No obstante, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio de congruencia admite cierta relativización en aquellos casos en los que estén involucrados intereses y derechos de especial relevancia social e innegable trascendencia pública, tales como en el ámbito laboral, constitucional y de familia²⁸.
154. En efecto, se admite la flexibilización del principio de congruencia como excepción a la regla general, en aquellos ámbitos caracterizados por tener un especial carácter tuitivo, al proteger instituciones fundamentales de la sociedad (como la familia) o derechos de gran relevancia social (como los derechos de los trabajadores, relacionados a su subsistencia, o derechos fundamentales), y en los que, además, existen normas que habilitan al juez a exceder el petitorio del demandante (como la Ley N° 29497, La Nueva Ley Procesal del Trabajo, en el ámbito laboral).

3.3.2 La devolución del importe cancelado en exceso por AZTECA dentro del alcance del principio de congruencia

155. En el presente procedimiento, se advierte que AZTECA delimitó su pretensión al monto ascendente a US\$ 44, 567.16, lo que es inferior al cálculo del monto cobrado o pagado en exceso, que asciende a US\$ 62,636.88.
156. Es preciso indicar que AZTECA, para efectuar el cálculo del monto pagado en exceso, utilizó los valores del Mandato de Compartición, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 200-2018-CD/OSIPTEL²⁹, esto es, consideró como monto de la retribución mensual el ascendente a US\$ 3,102.13.

²⁷ Casación N° 8633-2012, Lambayeque, fundamento sétimo.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00782-2013-AA, fundamento 5. En dicha sentencia se indicó lo siguiente:

“Si bien el principio de congruencia resulta de aplicación a todos los ámbitos del derecho procesal, resulta especialmente válido cuando los intereses que las partes discuten son de naturaleza estrictamente privada; no obstante, cuando están en juego intereses de innegable trascendencia pública, la congruencia procesal puede verse restringida en atención a la legítima protección de otros bienes constitucionales (cfr. STC 2868- 2004- AA, Fund. N. o 11; STC 0905- 200 1-AA, Fund. N.O 4). Por esta razón, en ámbitos de especial relevancia social del derecho, tal principio sufre una relativización. Así sucede, entre otros, en los ámbitos del derecho constitucional, laboral y de familia”.

²⁹ Ver: <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/res200-2018-cd-osiptel>



157. No obstante, tal como se aprecia en el Anexo 2 “Cálculo detallado retribución mensual” del Informe N° 194-GPRC/2018, que sustenta el Mandato de Compartición vigente entre AZTECA y ADINELSA, respectivamente, dicho cálculo se efectuó aplicando los valores del sector eléctrico vigentes para el año 2018.
158. Cabe señalar que las valorizaciones de la inversión de las instalaciones eléctricas varían y se actualizan periódicamente, las mismas que se registran en la Base de Datos de los Módulos Estándares de Inversión para Sistemas de Transmisión y el Sistema de Información de los Costos Estándar de Inversión de los Sistemas de Distribución (SICODI) del OSINERGMIN.
159. En ese sentido, si bien AZTECA solicitó la devolución de los importes cancelados en el periodo de abril 2015 a septiembre 2018, para dicho cálculo utilizó los montos de las retribuciones mensuales señaladas en el Mandato de Compartición, los que fueron calculados con valores correspondientes al año 2018, cuando correspondía que cada retribución mensual se calculara por separado con los valores que se encontraban vigentes en dichos periodos.
160. Es en aplicación de los valores que corresponden a los años 2015, 2016, 2017 y 2018 que el monto cobrado o pagado en exceso asciende a US\$ 62,636.88.
161. Es preciso indicar que la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO), así como el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica han sido declarados de necesidad pública e interés nacional en la Ley de Banda Ancha, ello debido a que mediante el despliegue de las redes de telecomunicaciones que permiten la provisión de banda ancha fija y móvil se favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento.
162. De acuerdo con ello, considerando la relevancia pública de la RDNFO, este Tribunal evaluó todos los medios probatorios y determinó la correcta aplicación del denominador “Na” previsto en la fórmula de la Metodología, según los valores del periodo materia de reclamación, tal como se detalla en el **ANEXO A** de la presente resolución.
163. No obstante ello, en los procedimientos trilaterales la Administración actúa no sólo como gestora del interés público, sino también resuelve respecto de los intereses contradictorios de los privados³⁰. En este sentido, en virtud del principio de congruencia y la prevalencia de los intereses privados en conflicto, en los procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa deberá resolver sin traspasar y en correspondencia con lo solicitado por la reclamante³¹, toda vez que su actuación se debe remitirse a dirimir, de modo neutral y sin intereses propios, respecto de la controversia presentada.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II, Versión Latinoamericana, en base a la duodécima edición*. Palestra - Temis, Lima – Bogotá. 2006. Pág. 1387 y 1411.

³¹ HERRERA, Oscar. *Reflexiones sobre la Naturaleza del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas*. Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno. Lima: Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno de la PUCP. Pág. 8. Consulta: 18 de septiembre de 2020. <https://core.ac.uk/download/pdf/196542707.pdf>



164. En efecto, el interés público que habilita la competencia de este Tribunal deviene de la materia relacionada a una afectación o potencial afectación al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones (en el presente caso, referido a la RDNFO); y, los intereses privados están señalados en la pretensión accesoria consistente en la devolución o compensación de un monto dinerario. En ese sentido, si bien el procedimiento tiene un interés predominantemente público, la petición accesoria contiene intereses privados.
165. En consecuencia, el carácter de interés público no puede ser trasladado a las pretensiones privadas de las partes, en particular, a la pretensión accesoria de AZTECA relacionada con la devolución de un monto dinerario.
166. Tal como se señaló anteriormente, el principio de congruencia se encuentra directamente relacionado con el principio de debido procedimiento. En ese sentido, el desarrollo de la presente reclamación se realizó de acuerdo con el petitorio de AZTECA (US\$ 44, 567.16), por lo que ADINELSA ejerció su derecho de defensa sobre la base del mismo y no con relación al monto superior resultante del cálculo efectuado por esta instancia.
167. Es importante tener en cuenta que en el procedimiento trilateral se decide con relación a un conflicto de intereses entre dos o más sujetos, en el que las partes gozan de igualdad de oportunidades para su defensa, el mismo que implica asegurar a las partes la posibilidad de formular alegatos, probarlos y contradecir aquellos que se les opongan. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reconocido la importancia del derecho de defensa como derecho fundamental que garantiza el debido proceso³².

14. Bajo esa premisa, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin lo cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.

168. Por tanto, a fin de no contravenir el principio de congruencia, excediendo el petitorio de la reclamación, este Tribunal considera que corresponde ordenar a ADINELSA la devolución del importe ascendente a US\$ 44,567.16, conforme lo solicitado por AZTECA en su pretensión; sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de la reclamante de solicitar el monto restante a ADINELSA, mediante los mecanismos previstos legalmente.
169. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal considera que corresponde estimar el pedido de devolución de 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

170. Al haberse verificado que AZTECA y ADINELSA 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

³² Sentencia recaída en el Expediente N° 8605-2005-AA/TC.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

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 la Ley de Banda Ancha considera que constituye infracción administrativa el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación por el régimen de compartición de infraestructura.

HA RESUELTO:

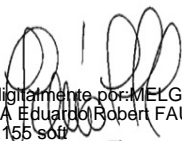
PRIMERO: REVOCAR la Resolución N° 020-2020-CCO/OSIPTEL, emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en el extremo en que declaró infundadas la primera pretensión principal y la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A.; y, reformándola, se declaran FUNDADAS la pretensión principal y la pretensión accesoria, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

SEGUNDO: ORDENAR a la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. la devolución del importe ascendente a la suma de US\$ 44,567.16, 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 con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

TERCERO: 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.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

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


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

1. El objeto de la reclamación abarca el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición (marzo de 2015), y la emisión del Mandato de Compartición (setiembre de 2018). Sin embargo, de su escrito de reclamación y de su escrito del 24 de setiembre de 2019, en concordancia con lo señalado por el CCO, se advierte que AZTECA delimitó el objeto de su pretensión de devolución al periodo comprendido entre abril de 2015 y setiembre de 2018³³.
2. De acuerdo con la información aportada por ADINELSA mediante escrito del 3 de octubre de 2019, el número de estructuras que ADINELSA puso a disposición de AZTECA varió entre 605 y 2 304 estructuras en el periodo comprendido entre abril de 2015 y setiembre de 2018³⁴. Las referidas estructuras se agrupan en setenta y nueve (79) tipos en función a sus características, atendiendo a la codificación y valorización efectuada por la regulación eléctrica³⁵. Los siguientes cuadros muestran la cantidad de infraestructuras arrendadas a AZTECA por mes y la valorización de los setenta y nueve (79) tipos de infraestructura eléctrica en el periodo que comprende la reclamación, respectivamente.

Número de estructuras arrendadas a AZTECA

Mes	Número de estructuras
Abril 2015 a Setiembre 2015	605
Octubre 2015 a Noviembre 2015	1260
Diciembre 2015 a Setiembre 2016	1781
Octubre 2016 a Diciembre 2016	1967
Enero 2017 a Setiembre 2018	2304

³³ Mediante escrito del 24 de septiembre de 2019, AZTECA solicitó que no se considere el mes de octubre de 2018 a fin de evaluar la pretensión accesoria, dado que el periodo culmina en la emisión del Mandato de Compartición, lo cual fue aceptado por el CCO.

³⁴ Cabe mencionar que, mediante escrito del 24 de setiembre de 2019, AZTECA señaló que la cantidad y tipo de estructuras de soporte eléctrico arrendadas a dicha empresa desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la aprobación del Mandato no ha variado y coincide con el número consignado en este último. Sin embargo, mediante escritos del 3 de octubre de 2019 y del 28 de noviembre de 2019, ADINELSA remitió en formato Excel el detalle de la cantidad y tipo de estructuras arrendadas a AZTECA durante cada mes en el periodo materia de evaluación.

³⁵ La variable "TP" de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento es la que se refiere al costo de las torres o postes regulados del sector de energía. Conforme a ello, para obtener los valores de la infraestructura de ADINELSA en el periodo de reclamación, se ha tomado 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.



Valorización de los tipos de infraestructura eléctrica

Table with columns: N°, Código, Tensión, Detalle, Abril 2015 - Marzo 2016, Abril 2016 - Marzo 2017, Abril 2017 - Marzo 2018, Abril 2018 - Setiembre 2018. It lists various electrical infrastructure types and their corresponding values for different periods.

3. 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:

Table with columns: N°, Código, Tensión, Detalle de estructura, Abril 2015 - Marzo 2016, Abril 2016 - Marzo 2017, Abril 2017 - 05/08/2017, 06/08/2017 - Marzo 2018, Abril 2018 - Setiembre 2018. It lists various infrastructure items and their corresponding costs over time.

4. AZTECA consideró que en el periodo comprendido entre abril de 2015 y setiembre de 2018 solo le correspondía pagar US\$ 133,391.59, por lo que señaló que el importe que habría sido pagado en exceso por la aplicación incorrecta de la fórmula ascendería a la suma de US\$ 44,567.16; 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\$ 111,923.97, como se aprecia a continuación:

N°	Código	Montos									
		Abr-15 a Set-15	Oct-15 a Nov-15	Dic-15 a Mar-16	Abr-16 a Set-16	Oct-16 a Dic-16	Ene-17 a Mar17	Abr-17 a Jul-17	Ago-17	Set-17 a Mar18	Abr-18 a Set-18
1	PPM04	\$0.00	\$0.00	\$0.19	\$0.19	\$0.00	\$0.19	\$0.19	\$0.19	\$0.19	\$0.20
2	PPM03	\$0.00	\$0.00	\$0.46	\$0.47	\$0.00	\$0.93	\$0.95	\$0.95	\$0.95	\$0.99
3	PPC05	\$0.00	\$1.15	\$1.47	\$1.50	\$1.50	\$1.50	\$1.53	\$1.53	\$1.53	\$1.60
4	PPC08	\$0.00	\$0.00	\$0.98	\$1.00	\$0.00	\$1.00	\$1.02	\$1.02	\$1.02	\$1.06
5	PPC06	\$0.00	\$0.00	\$0.99	\$1.02	\$0.00	\$1.02	\$1.03	\$1.03	\$1.03	\$1.08
6	PPC15	\$0.00	\$0.00	\$0.35	\$0.36	\$0.00	\$0.36	\$0.37	\$0.37	\$0.37	\$0.39
7	PPC08	\$0.00	\$0.00	\$0.12	\$0.12	\$0.00	\$0.12	\$0.13	\$0.13	\$0.13	\$0.13
8	PPC15	\$0.00	\$18.55	\$18.55	\$18.98	\$0.00	\$25.49	\$25.94	\$25.94	\$25.94	\$27.16
9	PPC16	\$0.00	\$15.28	\$15.28	\$15.63	\$49.37	\$15.63	\$15.91	\$15.28	\$15.16	\$15.87
10	PPC17	\$0.00	\$17.46	\$17.46	\$17.86	\$0.00	\$18.31	\$18.63	\$17.89	\$17.75	\$18.58
11	PPC18	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$4.48	\$4.55	\$4.37	\$4.34	\$4.54
12	PPC19	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$8.26	\$2.75	\$2.80	\$2.69	\$2.67	\$2.79
13	PPC20	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$2.66	\$2.71	\$2.60	\$2.58	\$2.70
14	PPM20	\$26.50	\$65.74	\$65.74	\$67.27	\$293.44	\$104.34	\$106.17	\$101.96	\$101.15	\$105.89
15	PPM21	\$103.65	\$138.20	\$228.89	\$234.23	\$0.00	\$272.44	\$277.23	\$266.24	\$264.13	\$276.50
16	PPM24	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$76.24	\$19.48	\$19.83	\$19.04	\$18.89	\$19.77
17	PPM25	\$0.00	\$6.96	\$6.96	\$7.12	\$0.00	\$51.77	\$52.68	\$50.59	\$50.19	\$52.54
18	PPF08	\$0.00	\$2.77	\$2.77	\$2.84	\$0.00	\$2.84	\$2.89	\$2.77	\$2.75	\$2.88
19	PPF14	\$13.02	\$13.02	\$13.02	\$13.33	\$0.00	\$13.33	\$13.56	\$13.03	\$12.92	\$13.53
20	PC187800	\$0.00	\$63.37	\$39.37	\$50.87	\$0.00	\$50.87	\$39.32	\$37.76	\$37.46	\$37.46
21	PC19700	\$0.00	\$395.39	\$392.58	\$497.03	\$0.00	\$497.03	\$390.40	\$374.92	\$371.94	\$371.94
22	TA060SIRISIC120S-3	\$0.00	\$3.46	\$27.65	\$44.11	\$0.00	\$44.11	\$29.72	\$28.55	\$28.32	\$38.06
23	TA060SIRISIC120FS-6	\$68.71	\$56.21	\$56.21	\$50.63	\$0.00	\$50.63	\$34.12	\$32.77	\$32.51	\$43.69
24	TA060SIRISIC120S+0	\$0.00	\$15.55	\$19.44	\$31.01	\$0.00	\$6.20	\$4.18	\$4.01	\$3.98	\$5.35
25	TA060SIRISIC1240S-3	\$0.00	\$0.00	\$176.69	\$254.25	\$0.00	\$254.25	\$171.33	\$164.54	\$163.24	\$219.35
26	TA060SIRISIC120FS-3	\$64.32	\$64.32	\$64.32	\$57.93	\$0.00	\$57.93	\$39.04	\$37.49	\$37.20	\$49.98
27	TA060SIRISIC120S+3	\$0.00	\$4.32	\$4.32	\$6.88	\$0.00	\$34.42	\$23.20	\$22.28	\$22.10	\$29.70
28	TA060SIRISIC1240S+0	\$0.00	\$0.00	\$104.34	\$150.14	\$0.00	\$300.29	\$202.36	\$194.34	\$192.80	\$259.08
29	TA060SIRISIC120S+0	\$200.96	\$200.96	\$200.96	\$181.02	\$0.00	\$181.02	\$121.99	\$117.15	\$116.22	\$156.18
30	TA060SIRISIC1240S+3	\$0.00	\$0.00	\$231.64	\$333.32	\$0.00	\$166.66	\$112.31	\$107.86	\$107.00	\$143.79
31	TA060SIRISIC120FS+3	\$116.00	\$116.00	\$116.00	\$104.48	\$0.00	\$80.37	\$54.16	\$52.02	\$51.60	\$69.34
32	TA060SIRISIC120A-3	\$0.00	\$26.59	\$26.59	\$42.41	\$0.00	\$42.41	\$28.58	\$27.45	\$27.23	\$36.59
33	TA060SIRISIC120FS+6	\$78.46	\$78.46	\$78.46	\$70.67	\$0.00	\$70.67	\$47.62	\$45.74	\$45.37	\$60.97
34	TA060SIRISIC120A+0	\$0.00	\$5.90	\$5.90	\$9.41	\$0.00	\$9.41	\$6.34	\$6.09	\$6.04	\$8.12
35	TA060SIRISIC1240A-3	\$0.00	\$0.00	\$13.59	\$19.56	\$0.00	\$19.56	\$13.18	\$12.66	\$12.56	\$16.87
36	TA060SIRISIC120FA-3	\$142.93	\$142.93	\$142.93	\$128.74	\$0.00	\$128.74	\$86.76	\$83.32	\$82.66	\$110.08
37	TA060SIRISIC1240A+0	\$0.00	\$0.00	\$37.71	\$54.27	\$0.00	\$97.68	\$65.83	\$63.22	\$62.71	\$84.27
38	TA060SIRISIC120FA+0	\$207.44	\$207.44	\$207.44	\$186.86	\$0.00	\$186.86	\$125.92	\$120.93	\$119.97	\$161.21
39	TA060SIRISIC1240A+3	\$0.00	\$0.00	\$74.60	\$107.35	\$0.00	\$59.64	\$40.19	\$38.60	\$38.29	\$51.45
40	TA060SIRISIC120FA+3	\$227.98	\$227.98	\$227.98	\$205.35	\$0.00	\$205.35	\$138.39	\$132.90	\$131.85	\$177.17
41	TA060SIRISIC120R-3	\$0.00	\$0.00	\$9.24	\$14.74	\$0.00	\$14.74	\$9.93	\$9.54	\$9.46	\$12.72
42	TA060SIRISIC1240R-3	\$0.00	\$0.00	\$23.62	\$33.98	\$0.00	\$33.98	\$22.90	\$21.99	\$21.82	\$29.32
43	TA060SIRISIC120FR-3	\$19.10	\$19.10	\$19.10	\$17.21	\$0.00	\$17.21	\$11.60	\$11.14	\$11.05	\$14.85
44	TA060SIRISIC1240R+0	\$0.00	\$0.00	\$65.82	\$94.71	\$0.00	\$94.71	\$63.83	\$61.30	\$60.81	\$81.71
45	TA060SIRISIC120FR+0	\$21.30	\$21.30	\$21.30	\$19.18	\$0.00	\$19.18	\$12.93	\$12.42	\$12.32	\$16.55
46	TA060SIRISIC1240R-3	\$0.00	\$0.00	\$43.56	\$62.68	\$0.00	\$62.68	\$42.24	\$40.57	\$40.24	\$54.08
47	TA220SIRIDIC2726R-3	\$0.00	\$107.89	\$377.61	\$418.27	\$0.00	\$119.51	\$80.53	\$77.34	\$76.73	\$103.11
48	PPM07	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.10	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
49	PPC05	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.43	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
50	PPM12	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$2.08	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
51	PPM02	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$1.36	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
52	PPC09	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.15	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
53	PPM07	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$1.35	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
54	PPM20	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.69	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
55	PPC05	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.11	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
56	PPC16	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.82	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
57	PPM24	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$67.34	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
58	PPM12	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.12	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
59	PPC09	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.15	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
60	PPC23	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.30	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
61	PPC16	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.82	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
62	PPC19	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$2.29	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
63	PPM20	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$2.06	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
64	PPM24	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$61.84	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
65	PPC20	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$56.99	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
66	PPC23	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$9.59	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
67	PPC23	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$38.66	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
68	PPC24	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$7.66	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
69	PPC28	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.89	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
70	PPC28	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$7.99	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
71	PPF14	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$22.21	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
72	TA220CORODOC1600S-6	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$60.98	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
73	TA220CORODOC1600S-3	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$139.55	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
74	TA220CORODOC1600S+0	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$431.66	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
75	TA220CORODOC1600S+3	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$116.16	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
76	TA220CORODOC1600S+6	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$63.83	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
77	TA220CORODOC1600A-3	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$178.91	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
78	TA220CORODOC1600A+0	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$734.69	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
79	TA220CORODOC1600A+3	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$43.64	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
		\$1,290.36	\$2,036.89	\$3,182.19	\$3,629.01	\$2,484.23	\$3,444.77	\$2,567.03	\$2,466.51	\$2,447.18	\$2,992.22
		\$7,742.18	\$4,073.78	\$12,728.74	\$21,774.04	\$7,452.69	\$10,334.31	\$10,268.13	\$2,466.51	\$17,130.27	\$17,953.31
											\$111,923.97



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

* * *

³⁶

Para efectos de la verificar el valor de la infraestructura eléctrica en el periodo bajo evaluación se ha considerado lo dispuesto en las siguientes, resoluciones aprobadas por el OSINERGMIN y publicadas en el Diario Oficial "El Peruano": (i) Resolución N° 060-2015-OS/CD, publicada el 26 de marzo de 2015; y, (ii) Resolución N° 063-2016-OS/CD, publicada el 1 de abril de 2016; y, (iii) Resolución N° 047-2017-OS/CD, publicada el 31 de marzo de 2017.



**ANEXO B
IMPORTE PAGADO EN EXCESO EN EL PERIODO DE RECLAMACIÓN**

- De acuerdo a la reclamación, AZTECA indica que pagó a ADINELSA el importe ascendente a US\$ 177,958.75 (sin IGV) en el periodo comprendido entre abril de 2015 y octubre de 2018. Sin embargo, como se ha señalado previamente, el periodo materia de evaluación es el comprendido entre abril de 2015 y setiembre de 2018. En ese sentido, según su escrito de reclamación, el importe que AZTECA habría pagado en dicho periodo ascendería a US\$ 174,856.62.
- No obstante, se advierte que, entre abril de 2015 y setiembre de 2016, AZTECA pagó a ADINELSA 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 de abril de 2015 hasta junio de 2016 fue de S/. 3.289 y para el periodo de julio hasta setiembre de 2016, de S/. 3.4³⁷. Siendo así, el siguiente cuadro sustentado en la información remitida por la propia reclamante resume la generación de estos pagos, así como el monto total en dólares pagado por AZTECA (US\$ 174,560.85) en el periodo materia de evaluación, tras efectuar la conversión de moneda conforme a los mencionados tipos de cambio:

Factura	Descripción	Valor Vta. Unit.	Valor Vta. Unit. (US\$)
E001-60	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Abril 2015 a Junio 2016	S/ 170,738.23	51,911.90
E001-217	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Julio a Setiembre 2016	S/ 52,600.62	15,470.77
E001-1686	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Octubre a Diciembre 2016	US\$ 47,312.08	47,312.08
E001-1687	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Enero a Julio 2017	US\$ 20,151.25	20,151.25
E001-1688	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Agosto a Diciembre 2017	US\$ 12,745.9	12,745.90
E001-1689	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Enero a Abril 2018	US\$ 11,986.2	11,986.20
E001-1810	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Mayo 2018	US\$ 2,996.55	2,996.55
E001-1811	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Junio 2018	US\$ 2,996.55	2,996.55
E001-1892	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Julio 2018	US\$ 2,996.56	2,996.55
E001-2002	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Agosto 2018	US\$ 2,996.57	2,996.55
E001-2079	Por uso de infraestructura eléctrica de ADINELSA - Setiembre 2018	US\$ 2,996.58	2,996.55
TOTAL			174,560.85

- Para acreditar esta pretensión, AZTECA adjuntó documentos (facturas, constancias de pago y otros) que no han sido cuestionados por ADINELSA.
- Como se ha determinado en el **ANEXO A**, el importe total que correspondía pagar a AZTECA por contraprestación periódica asciende a US\$ 111,923.97; sin embargo, se encuentra acreditado que en este mismo periodo efectuó un pago total de US\$ 174,560.85. Estos datos permiten concluir que el importe en exceso pagado por AZTECA asciende a la suma de US\$ 62,636.88.
- No obstante, AZTECA solicitó como pretensión accesoría que se ordene a ADINELSA la devolución de un monto ascendente a US\$ 44,567.16. Por tanto, se puede apreciar que el importe que AZTECA pagó en exceso (US\$ 62,636.88) supera el importe que solicita le sea devuelto en su pretensión accesoría (US\$ 44,567.16). Sin embargo, a fin de no contravenir el principio de congruencia excediendo el petitorio de la reclamación, este Tribunal considera que corresponde ordenar a ADINELSA el pago del importe ascendente a US\$ 44,567.16, conforme lo solicitado por AZTECA en su pretensión, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de la reclamante de solicitar el monto restante a ADINELSA, mediante los mecanismos previstos legalmente.

³⁷ Así fue detallado por ADINELSA mediante escrito del 30 de octubre de 2019, en respuesta a un requerimiento de información del CCO.

El voto en discordia de la señora María Tessy Torres Sánchez, miembro del Tribunal de Solución de Controversias, es el siguiente:

1. En el presente caso, mediante Resolución N° 002-2019-CCO/OSIPTEL de fecha 21 de enero de 2019, el CCO admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra ADINELSA, por la controversia respecto de la retribución del acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica.
2. En la reclamación, AZTECA solicitó como pretensión principal que se declare que la contraprestación exigida por ADINELSA a AZTECA por el uso compartido de su infraestructura en el marco de su relación de compartición, excede la máxima retribución legalmente permitida, en tanto se habría aplicado erróneamente la fórmula de la Metodología, debiéndose aplicar el valor del denominador “Na” igual a tres (3).
3. Asimismo, AZTECA solicitó como pretensión accesoria la devolución de un monto ascendente a US\$ 44,567.16, que correspondería a lo pagado en exceso por AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica, desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición entre ambas empresas o, en su defecto, se ordene que este monto se compense con los montos de las facturas que emitió o emitirá ADINELSA a AZTECA por el uso compartido de la infraestructura.
4. Respecto a la pretensión principal, la suscrita coincide con lo sostenido por la mayoría referente a que el valor del denominador “Na” es equivalente a tres (3) desde la formulación inicial del Reglamento, así como con la determinación del monto cobrado o pagado en exceso, derivado de que este Tribunal ha advertido que la retribución mensual fue calculada por AZTECA con valores correspondientes al año 2018, cuando lo que correspondía era que cada retribución mensual se calculara por separado con los valores que se encontraban vigentes en los periodos 2015, 2016, 2017 y 2018, por lo que dicho monto asciende a US\$ 62,636.88.
5. Ahora bien, con relación a la pretensión accesoria a la primera pretensión principal, el voto en mayoría realiza el análisis de la conducta materia de la controversia de la siguiente manera:
 - a) AZTECA pagó a ADINELSA un importe total ascendente a US\$ 174,560.85, cuando debió pagar el importe ascendente a US\$ 111,923.97.
 - b) AZTECA delimitó su pretensión al monto ascendente a US\$ 44,567.16, lo que es inferior al cálculo del monto cobrado o pagado en exceso, que asciende a US\$ 62,636.88.
 - c) El principio de congruencia establece que la autoridad correspondiente deberá resolver en función a la pretensión interpuesta; sin embargo, dicho principio admite cierta relativización cuando en la controversia estén involucrados intereses y derechos de especial relevancia social e innegable trascendencia pública.
 - d) El carácter de interés público del desarrollo de la RDNFO y el acceso y uso de infraestructura de energía eléctrica no puede ser trasladado a las pretensiones privadas de las partes, en particular, a la pretensión accesoria de AZTECA relacionada con la devolución de un monto dinerario.



6. A fin de no contravenir el principio de congruencia, excediendo el petitorio de la reclamación, la mayoría consideró que corresponde ordenar la devolución del importe solicitado por AZTECA en su pretensión.
7. No obstante, con relación a la pretensión accesoria a la pretensión principal, a diferencia de lo sostenido por la mayoría considero que el importe a devolver debe corresponder al importe resultante del cálculo aplicando la fórmula de la Metodología y no solo debe circunscribirse al importe señalado por AZTECA en su reclamación, por los fundamentos que señalo a continuación:

(i) El Principio de Congruencia, Debido Procedimiento y Motivación

8. El Principio de Congruencia, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos establece que “El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.
9. Al respecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que el Principio de Congruencia *“constituye un postulado de lógica formal por el cual el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida”*. Así, dentro de las clases de incongruencia objetiva se identifican: i) *ultra petita*, cuando el órgano jurisdiccional concede cuantitativamente más de lo pedido; ii) *extra petita*, cuando el Juez concede cosa distinta a la pedida o algo no pedido; y, iii) *citra petita*, cuando el Juez incumple pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos o respecto a alguna de las pretensiones¹.
10. Para entender el Principio de Congruencia, conviene hacer referencia a lo expuesto por DEVIS ECHANDÍA, quien indica que es mejor hablar de identidad entre pretensiones y sentencias, dado que ellas delimitan las cuestiones que se plantean al juez para que las resuelva, con relación a un objeto, a una causa o un título y respecto a ciertas personas².
11. Ahora bien, en materia de derecho de daños, desde hace algunos años se ha introducido el principio *“favor victimae”* en función al cual se considera que no se produce incongruencia cuando existe identidad entre la sentencia con las pretensiones formuladas por las partes, encontrándose únicamente la estimación de la pretensión limitada por lo probado en el proceso. En tal sentido, las dudas que puedan surgir a la hora de establecer la dimensión de la reparación han de resolverse en beneficio de quien injustamente sufrió el daño, por cuanto una definición contraria restringiría, sin motivo racional alguno y en detrimento de aquel, sus posibilidades indemnizatorias³.

¹ Casación N° 6190-2013 Lambayeque, fundamento 2.

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “Teoría General del Proceso”. Editorial Temis S.A. Bogotá 2015. p. 431.

³ GIL BOTERO, Enrique. Teoría de responsabilidad extracontractual del Estado, Medellín, Librería Jurídico Sánchez R. Ltda., 2001, 2ª ed., p. 39



12. En el mismo sentido PANTOJA BRAVO, señala que:

“En consecuencia, para poder inferir si existió o no incongruencia entre lo concedido en el fallo y lo solicitado en la demanda, no bastará con examinar las cifras que se hayan reclamado en el libelo, sino que esas cantidades deberán ser analizadas en el contexto íntegro de la pretensión y de conformidad con la verdadera intención que a ella subyace, lo cual se consigue a partir de la dimensión del daño –ni más ni menos- atendiendo al principio de la reparación integral, dado que es el daño el que da inicio a la acción”⁴.

13. Asimismo, el Tribunal Constitucional recoge dicha tesis en la Sentencia emitida en el Expediente N° 00782-2013-AA, al señalar que el juez de oficio se pronunciará sobre la indemnización siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes:

“9. El problema de los límites de la relativización del principio de congruencia ha sido abordado en la decisión dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N. 0 4664-2010 PUNO) de fecha 18 de marzo del 2011, en donde se analizó los supuestos de procedencia de la indemnización de oficio al amparo del artículo 345-A del Código Civil. En dicha sentencia, se excluye la aplicación del principio iura novit curia en casos de ausencia de pedido, alegación o base fáctica para probar los daños. Asimismo, se debe destacar que en el punto segundo, numeral 3.2, del fallo de la sentencia se establece como precedente judicial vinculante que el juez de primera instancia de oficio se pronunciará sobre dicha indemnización "siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí". En caso contrario, el juez no está autorizado a emitir pronunciamiento sobre la indemnización.

10. En este sentido, para este Tribunal resulta de recibo, por su carácter persuasivo, el criterio interpretativo del artículo 345-A del Código Civil que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia; según el cual, una indemnización solo puede ser estimada cuando la parte interesada ha cumplido con invocar hechos concretos referidos a los perjuicios.

En tal sentido se debe subrayar la siguiente regla:

*"Si no hay pretensión deducida en forma acumulada en la demanda o en la reconvencción, por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica de cónyuge afectado"
(Fund. N. 0 80)."*

14. El Principio de Congruencia es también aplicable al procedimiento administrativo, de acuerdo a lo dispuesto por el Principio del Debido Procedimiento recogido en el inciso 1.2 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁵, aprobado por Decreto Supremo N°

⁴ PANTOJA BRAVO, Jorge "Monto estimado por los actores no marca el límite de la pretensión", Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales Bogotá No.13 Año 2017 p. 322.

⁵ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(...)



004-2019-JUS; así como de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria y Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS⁶.

15. De esta manera, el Principio de Congruencia reposa en el derecho con el que cuenta todo administrado de obtener un acto administrativo debidamente motivado, siendo esto una garantía propia del debido procedimiento. En ese sentido, se puede concluir que la aplicación del Principio de Congruencia no es exclusiva de la justicia procesal jurisdiccional, sino que es una garantía también del procedimiento administrativo.
16. Ahora bien, la doctrina nacional ha reconocido que el Principio de Congruencia en el ámbito administrativo presenta matices propios, pues la Administración pública no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo expuesto por el administrado, sino que, en ejercicio de su deber de oficialidad, cuyo fundamento radica en la necesidad de satisfacer los intereses públicos inherentes al procedimiento administrativo, le corresponde resolver sobre todas las cuestiones involucradas y que obren en el expediente⁷.
17. Tratándose de procedimientos trilaterales, existe un interés público que subyace a ellos, conforme lo señala MARTIN TIRADO, en referencia a la definición contenida en Ley del Procedimiento Administrativo General:

“En esencia, la administración resuelve un conflicto suscitado entre particulares, respecto de una relación jurídica respecto de la cual la administración no es parte. Debe considerarse, sin embargo, que la relevancia del conflicto sometido a la competencia de la entidad se encuentra íntimamente relacionada con el interés público presente en la resolución del conflicto de intereses suscitado entre dichas partes”⁸.

18. El Principio de Congruencia determina entonces un límite a la discrecionalidad del juzgador o la autoridad administrativa, quien, como regla general, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; no obstante, dicho principio admite su relativización en determinados casos, tales como el ámbito de intereses públicos.

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

⁶ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Disposiciones Complementarias Disposiciones Finales**

PRIMERA. - Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento administrativo. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. p. 498-499.

⁸ MARTIN TIRADO, Richard El procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Revista Derecho y Sociedad No. 17 p.221 y ss.



19. En efecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia referida de manera precedente, indicó lo siguiente:

“Si bien el principio de congruencia resulta de aplicación a todos los ámbitos del derecho procesal, resulta especialmente válido cuando los intereses que las partes discuten son de naturaleza estrictamente privada; no obstante, cuando están en juego intereses de innegable trascendencia pública, la congruencia procesal puede verse restringida en atención a la legítima protección de otros bienes constitucionales (cfr. STC 2868- 2004- AA, Fund. N. o 11; STC 0905- 200 1-AA, Fund. N.0 4). Por esta razón, en ámbitos de especial relevancia social del derecho, tal principio sufre una relativización. Así sucede, entre otros, en los ámbitos del derecho constitucional, laboral y de familia”.

20. De otro lado, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, ha definido al interés público como el interés general de la comunidad. De igual manera señala que, en virtud al interés público, la Administración tiene la facultad de la discrecionalidad para la emisión de sus actos, la cual va unida a la obligación de motivar sus decisiones:

“El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno [“Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público.

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.

En ese aspecto, Emilio Fernández Vásquez (“Diccionario de derecho público”. Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que “El Estado no puede tener más que intereses públicos”; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público.

(...)

En ese contexto, la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. Como lo manifiesta el mismo Sainz Moreno, “en el interés público se encuentra el núcleo de la discrecionalidad administrativa (...) y la esencia, pues, de toda actividad discrecional la constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación”. Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso.



Al respecto, Juan Igartua Salaverría, citando a Eduardo García de Enterría, [“Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 092, octubre - diciembre de 1996], precisa que “la Administración, está obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta”.

Por ello, para Igartua Salaverría, las decisiones de la Administración no gozan de presunción alguna, y no basta que se expresen en formas típicas e iterativas. Al contrario, el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta”.

21. De lo anteriormente expuesto, se concluye lo siguiente:

- a) El Principio de Congruencia, si bien es un principio que regula o delimita la discrecionalidad del decisor, dicha discrecionalidad puede ser ampliada en supuestos específicos.
- b) Existe una relativización del Principio de Congruencia en aquellos ámbitos en los que no sólo se encuentren contrapuestos intereses entre privados, sino cuando haya una afectación al interés público, siempre que se garantice el derecho de defensa de los administrados.
- c) Por ello, la Administración cuenta con la facultad discrecional al momento de emitir sus actos. Dicha facultad se encuentra unida a la motivación de las resoluciones, debiéndose indicar expresamente el interés público que se busca tutelar, así como las medidas adoptadas para lograr ese fin.

(ii) Sobre el interés público de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

22. La Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Ley N° 29904, fue emitida con la finalidad de impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, tanto en la oferta como en la demanda por este servicio, promoviendo el despliegue de infraestructura, servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales, como medio que favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento.

23. La construcción de la RDNFO, así como el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica han sido declarados de necesidad pública e interés nacional, encontrándose textualmente en la Ley de Banda Ancha, tal como se aprecia a continuación:

“Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional

Decláranse de necesidad pública e interés nacional:

a. La construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia.

b. El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos



de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil”.

24. En ese sentido, el acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, corresponde a un interés general, razón por la cual la Ley de Banda Ancha y su Reglamento establecen las condiciones en la cuales se desarrollará dicha relación entre el operador de telecomunicaciones y el titular de la infraestructura eléctrica.
25. Ello es concordante con lo señalado por el CCO cuando precisa que la relación de compartición originada entre el operador de servicios públicos de telecomunicaciones y el titular de la infraestructura eléctrica y/o hidrocarburos responde a una situación regulada por la normativa, en particular en la Ley de Banda Ancha, como de necesidad pública e interés nacional, por lo que se desprende que el contenido del contrato por el acceso y uso de infraestructura pública no depende exclusivamente de la libre voluntad de las partes⁹.
26. La relación de compartición originada entre AZTECA en su calidad de operador de servicios públicos de telecomunicaciones y ADINELSA en su calidad de titular de la infraestructura eléctrica responde a una situación regulada de manera imperativa en la Ley de Banda Ancha como de necesidad pública e interés nacional¹⁰, por lo que la contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura corresponde al resultado del cálculo de la fórmula, siendo el OSIPTEL el encargado de velar por el cumplimiento de la normativa referida a compartición¹¹.

⁹ Numeral 6.3.1. de la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 0020-2020-CCO/OSIPTEL del 5 de junio de 2020.

¹⁰ **LEY N° 29904 – LEY DE PROMOCIÓN DE LA BANDA ANCHA Y CONSTRUCCIÓN DE LA RED DORSAL NACIONAL DE FIBRA ÓPTICA**

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

(...)

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

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

(Énfasis añadido)

¹¹ **LEY N° 29904 – LEY DE PROMOCIÓN DE LA BANDA ANCHA Y CONSTRUCCIÓN DE LA RED DORSAL NACIONAL DE FIBRA ÓPTICA**

Artículo 32. Supervisión

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30.



27. En este orden de ideas, es preciso indicar que este Tribunal ha resaltado la competencia del OSIPTEL respecto a las controversias referentes a la retribución por la compartición y uso de infraestructura eléctrica por parte del operador de telecomunicaciones, señalando que dicha materia no es de libre disposición o arbitrable, siendo el OSIPTEL la entidad con competencia exclusiva para resolver controversias sobre uso y acceso compartido de infraestructura, que puede incidir en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones¹².
28. En tal sentido, el considerando 164 de la resolución resulta contradictorio con dichos pronunciamientos, en la medida que indica que la devolución solicitada por AZTECA corresponde a un interés privado, cuando este Tribunal reconoce –a partir de la competencia que se atribuye- que dicho interés deviene de un interés público. Por tanto, es en aras de dicho interés público, y para que este resulte adecuadamente protegido, que el pronunciamiento del Tribunal debe ser coherente con el análisis realizado, esto es que, habiendo determinado cuánto le corresponde ser devuelto a una de las partes, debe disponer su devolución total.
29. Es decir, debe entenderse que el interés público, presente al resolver la reclamación, se alcanza cuando la contraprestación que reciban aquellos sometidos al régimen de acceso y uso compartido de la infraestructura establecido en la Ley de Banda Ancha sea justamente lo que la regulación establece.

(iii) Sobre el cálculo de la formula y la devolución a AZTECA

30. El Tribunal, a fin de interpretar el marco normativo vinculado a la controversia, efectuó la evaluación integral de la normativa y de la documentación vinculada a esta, concluyendo que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3). Sobre este extremo, manifiesto mi conformidad con los argumentos desarrollados en la resolución.
31. Una vez determinado el valor legal del denominador “Na”, el Tribunal efectuó el cálculo de la fórmula contenida en la Metodología, para lo cual tomó en consideración, adicionalmente al valor del “Na”, la codificación y valorización de las infraestructuras efectuada por la regulación eléctrica, así como los periodos en los cuales se realizaron los pagos.
32. En tal sentido, de la información aportada por las partes y del cálculo de la contraprestación efectuado en aplicación de la fórmula de la Metodología, se concluyó lo siguiente:
- (i) AZTECA pagó a ADINELSA un importe ascendente a US\$ 174,560.85, cuando debió pagar el importe ascendente a US\$ 111,923.97.
 - (ii) El importe por devolver a AZTECA asciende a US\$ 62,636.88, esto es, un importe mayor al indicado por AZTECA en su pretensión accesoria donde solicita la devolución de un monto ascendente a US\$ 44,567.16.

¹² Ver Resoluciones N° 011-2019-TSC-OSIPTEL, N° 012-2019-TSC-OSIPTEL y N° 013-2019-TSC-OSIPTEL emitidas el 16 de julio de 2019.



33. Es preciso indicar que si bien en la pretensión accesoria AZTECA solicitó la devolución de US\$ 44,567.16, la pretensión principal se refería al valor de la contraprestación que fue pagada en exceso a favor de ADINELSA, en la medida que el mismo se efectuó considerando una aplicación errónea de la fórmula de la Metodología¹³.
34. En tal sentido, es durante la tramitación del presente procedimiento que se ha determinado el cálculo correcto en función a la aplicación de la fórmula de la Metodología, el cual, a su vez, corresponde a un precio máximo de obligatoria observancia por las partes, por lo que el pago en exceso derivado de la aplicación incorrecta constituye un cobro indebido.
35. En efecto, las contraprestaciones establecidas por norma, no se encuentran abiertas a la libre determinación de las partes, sino que se sujetan a los alcances de la Metodología, por lo que la contraprestación de importes mayores afecta el modelo económico del proyecto y -en consecuencia- su viabilidad. Por ello, y a diferencia de lo señalado por la mayoría, la medida de efectuar la devolución del importe cobrado en exceso ascendente a US\$ 62,636.88, satisface el interés público que subyace al proyecto de la RDNFO.
36. Así, si bien el reconocimiento de un monto mayor al solicitado, da la apariencia de beneficio a uno de los administrados, lo cierto es que, esta decisión tiene como único objeto tutelar el interés público recogido en el artículo 3 de la Ley de Banda Ancha; por lo que, es emitida destacando el rol garantista de la Administración y al amparo de los principios de verdad material, de imparcialidad y ejercicio legítimo del poder¹⁴, fundamento de los procedimientos administrativos trilaterales.

¹³ En efecto, en la reclamación AZTECA de fecha 18 de diciembre de 2018 indica lo siguiente:

“Mediante la presente reclamación, formulamos como nuestra primera pretensión principal que se declare que la contraprestación exigida por ADINELSA a AZTECA por el uso compartido de su infraestructura en el marco de su relación de compartición excede la máxima retribución legalmente permitida. Ello toda vez que dicho monto fue calculado aplicando erróneamente la fórmula de la Metodología puesto que se le atribuyó un valor igual a uno (1) al denominador “Na” (número de arrendatarios) cuando dicha variable en todos los casos tiene un valor igual a tres (3) como lo ha reconocido el Consejo Directivo a través de su Mandato.”

¹⁴ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.5. Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

(...)

1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.



37. Asimismo, se cumple con el principio de celeridad¹⁵ y economía procesal¹⁶ toda vez que al ordenarse la devolución de la totalidad de los importes pagados indebidamente, se evitaría el inicio de futuras reclamaciones en la cuales no habría controversia entre las partes, debido a que únicamente se ordenaría la devolución del importe no considerado en la presente reclamación, generándose mayores gastos al Estado y a las partes.
38. En consecuencia, no estoy de acuerdo con que a partir de un reconocimiento de la pertinencia de un pronunciamiento que va más allá de la determinación del valor del denominador “Na”, como ha sido el análisis y aplicación de la Metodología en su conjunto, para definir cuánto es el monto que corresponde devolver, no se concluya disponiendo la devolución del monto total que resulte de dicho cálculo.
39. Teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo anterior, manifiesto mi desacuerdo con lo señalado en el considerando 168 de la Resolución que deja expedito el derecho de AZTECA a solicitar el monto restante a ADINELSA, mediante –según señala- los mecanismos previstos legalmente.

Por las consideraciones expuestas, mediante el presente voto considero que el fallo debería ser el siguiente:

PRIMERO: REVOCAR la Resolución N° 020-2020-CCO/OSIPTEL, emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en el extremo en que declaró infundadas la primera pretensión principal y la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A.; y, reformándola, se declaran FUNDADAS la pretensión principal y la pretensión accesoria, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

SEGUNDO: ORDENAR a la Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. la devolución del importe ascendente a la suma de US\$ 62,636.88, correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura

¹⁵ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento

¹⁶ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**
Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.-

Artículo V.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de economía procesal tiene como fundamento la economía de tiempo y esfuerzo, además de la incuestionable importancia que tiene la oportuna tutela de los derechos y la culminación del proceso en un lapso de tiempo razonable (Exp. N.º 266-2002-AA/TC, fundamento 7)



eléctrica en el periodo de reclamación, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

MARÍA TESSY TORRES SÁNCHEZ
Miembro del Tribunal de Solución de Controversias



Firmado digitalmente por:
TORRES SANCHEZ Maria
Tessy FAU 20521286760 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 21/12/2020 19:18:18-0500