

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS****Nº 00020-2021-TSC/OSIPTEL**

Lima, 25 de junio de 2021

EXPEDIENTE	007-2018-CCO-ST/CI
RECLAMANTE	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
RECLAMADA	Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C.
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica
PROCEDENCIA	Cuerpo Colegiado Ad Hoc

SUMILLA: Se declara **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 034-2021-CCO/OSIPTEL y, en consecuencia, se **REVOCA** la decisión de declarar concluido el presente procedimiento administrativo sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia.

En consecuencia, se **ORDENA** la continuación del presente procedimiento administrativo, conforme al Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL.

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 007-2018-CCO-ST/CI (Cuaderno Principal).
- (ii) El recurso de apelación del 24 de febrero de 2021, interpuesto por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra la Resolución N° 034-2021-CCO/OSIPTEL del 27 de enero de 2021, (en adelante, Resolución Impugnada), emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc ⁽¹⁾ (en adelante, el CCO).
- (iii) El escrito de absolución presentado por Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C. (en adelante, TESUR) con fecha 9 de abril de 2021.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. El 16 de agosto de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra TESUR manifestando que existe una controversia en el marco del “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica”, celebrado el 25 de noviembre 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

¹ El Cuerpo Colegiado Ad Hoc fue constituido mediante Resolución N° 189-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 28 de agosto de 2018.

BICENTENARIO
PERÚ 2021



Decreto Supremo N° 014-2013-MTC y sus modificatorias (en adelante, el Reglamento).

2. En concreto, AZTECA solicitó como pretensión principal que se declare que la contraprestación exigida en el marco de la relación de compartición excedía el importe máximo de retribución exigible por el uso compartido de infraestructura. Como pretensión accesoria, AZTECA 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 OSIPTEL ⁽²⁾ o, en su defecto, que este monto se compense con las facturas que emitirá TESUR a AZTECA en el futuro por el uso de su infraestructura ⁽³⁾.
3. Mediante Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2018, el CCO admitió a trámite la reclamación de AZTECA en materia de acceso y uso de infraestructura eléctrica.
4. El 4 de octubre de 2018, TESUR solicitó la inhibición del CCO señalando que la materia en discusión se encuentra sometida a consideración de un tribunal arbitral ⁽⁴⁾ (en adelante, Tribunal Arbitral), por lo que de continuar con la tramitación de la controversia se vulneraría la prohibición de avocamiento indebido y el principio de *Kompetenz-Kompetenz*. En la misma fecha, TESUR contestó la reclamación de AZTECA y formuló una excepción de incompetencia.
5. Mediante escrito de fecha 25 de octubre de 2018, AZTECA contestó la excepción de incompetencia y la solicitud de inhibición de TESUR, solicitando que se reafirme la competencia del CCO y, en su oportunidad, se declare fundada su reclamación.
6. Mediante Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTEL del 5 de noviembre de 2018, el CCO requirió a AZTECA y TESUR información que permita identificar las materias que son objeto del proceso arbitral referido por las partes.
7. El 14 de noviembre de 2018, AZTECA presentó la información requerida por el CCO mediante Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTEL, señalando que las pretensiones de su reclamación y las pretensiones de TESUR en el fuero arbitral versan sobre materias reguladas, que deben ser resueltas de manera exclusiva por el CCO.
8. El 21 de noviembre de 2018, TESUR presentó la información requerida sobre las materias sometidas a proceso arbitral, precisando que son las mismas que se tramitan ante el CCO y se refieren a la exigibilidad de la contraprestación pactada entre TESUR y AZTECA. Asimismo, advirtió que la identidad de las materias no sería objeto de discrepancia entre las partes, por lo que consideró que el CCO debía inhibirse de continuar con la tramitación de la reclamación de AZTECA.

² Mediante Resolución N° 046-2018-CD/OSIPTEL del 22 de febrero de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL emitió el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado entre AZTECA y TESUR (en adelante, Mandato de Compartición).

³ Mediante Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL del 22 de octubre de 2018, se acogió el pedido de rectificación de la pretensión accesoria formulada por AZTECA.

⁴ En el proceso arbitral seguido por TESUR contra AZTECA, llevado a cabo en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el marco del Expediente N° 1518-230-17.





9. El 23 de noviembre de 2018, AZTECA adjuntó el escrito presentado ante el Tribunal Arbitral, en el que dedujo excepción de incompetencia.
10. Mediante la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTTEL del 12 de diciembre de 2018, el CCO declaró infundada la solicitud de inhibición formulada por TESUR y, al mismo tiempo, decidió suspender de oficio el procedimiento administrativo hasta que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre su competencia en torno al proceso arbitral seguido entre TESUR y AZTECA.
11. El 28 de diciembre de 2018, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTTEL, en el extremo que dispuso la suspensión del procedimiento administrativo y solicitó que se emita un pronunciamiento que desestime la excepción de incompetencia formulada por TESUR.
12. El 13 de febrero de 2019, AZTECA informó que se le notificó el laudo parcial emitido por el Tribunal Arbitral que evalúa la controversia entre esta empresa y TESUR, en el que se pronuncia sobre la excepción de incompetencia que formuló en dicho fuero (en adelante, Laudo Parcial). Asimismo, precisó que con esta decisión se habría cumplido la condición establecida por el CCO para suspender el procedimiento. Considerando estos hechos, AZTECA formuló el desistimiento de su recurso de apelación y solicitó que este sea aceptado a fin de que se remita el expediente al CCO para que emita pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia deducida por TESUR en dicha instancia administrativa.
13. Mediante Resolución N° 006-2019-TSC/OSIPTTEL del 26 de febrero de 2019, este Tribunal aceptó el desistimiento formulado por AZTECA respecto de su recurso de apelación contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTTEL.
14. Mediante Resolución N° 009-2019-CCO/OSIPTTEL del 14 de marzo de 2019, el CCO requirió a las partes la remisión del Laudo Parcial mediante el cual se emitió pronunciamiento respecto de la competencia del Tribunal Arbitral para la tramitación de la controversia sometida a su jurisdicción. Este requerimiento fue atendido por AZTECA y TESUR el 29 de marzo de 2019 y el 1 de abril de 2019, respectivamente.
15. Mediante la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTTEL del 8 de mayo de 2019, el CCO dispuso mantener la suspensión del procedimiento administrativo hasta que el Laudo Parcial, mediante el cual el Tribunal Arbitral se pronunció sobre su competencia, adquiriera la calidad de firme.
16. Mediante escrito del 22 de mayo de 2019, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTTEL en el extremo que ordenó mantener la suspensión del procedimiento y omitió emitir un pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia deducida por TESUR. En ese sentido, AZTECA solicitó que se revoque la referida decisión y se ordene la continuación de la tramitación del procedimiento, desestimando la excepción de incompetencia deducida por TESUR.
17. Mediante Resolución N° 013-2019-TSC/OSIPTTEL del 16 de julio de 2019, este Tribunal declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTTEL y, en consecuencia, revocó la decisión de mantener la suspensión del procedimiento administrativo y ordenó la continuación de su tramitación. Asimismo, denegó el pedido de AZTECA para emitir pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia formulada por TESUR.





18. Mediante Resolución N° 014-2019-CCO/OSIPTTEL del 2 de agosto de 2019, el CCO dispuso continuar con la tramitación del procedimiento administrativo.
19. Mediante Resolución N° 016-2019-CCO/OSIPTTEL del 11 de setiembre de 2019, el CCO declaró infundada la excepción de incompetencia deducida por TESUR. Esta empresa interpuso recurso de apelación contra la referida resolución, el cual fue declarado improcedente por este Tribunal mediante Resolución N° 027-2019-TSC/OSIPTTEL del 15 de noviembre de 2019.
20. Mediante Resolución N° 022-2020-CCO/OSIPTTEL del 2 de enero de 2020, el CCO citó a las partes para que participen en la Audiencia de Pruebas a realizarse el 10 de enero de 2020 en la sede del OSIPTTEL y fijó los siguientes puntos controvertidos:
 - (i) Determinar si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en 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).
 - (ii) Determinar si para el cálculo de la contraprestación contenida en el Anexo N° 5 del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme a la Metodología.
 - (iii) De verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme a la Metodología, determinar el monto que corresponde a TESUR devolver a AZTECA.
21. Mediante escrito del 8 de enero de 2020, TESUR solicitó al CCO dejar sin efecto la Audiencia de Pruebas programada y puso en su conocimiento que el Tribunal Arbitral, encargado de resolver la demanda arbitral presentada por TESUR contra AZTECA, resolvió de manera definitiva mediante laudo arbitral la controversia sometida a su jurisdicción (en adelante, Laudo Final), pronunciándose respecto de los puntos controvertidos fijados mediante Resolución N° 022-2020-CCO/OSIPTTEL. En ese sentido, TESUR sostuvo que de continuarse con la tramitación del presente procedimiento se configuraría una manifiesta interferencia respecto de lo decidido por el fuero jurisdiccional arbitral.
22. En atención al pedido de TESUR, el CCO dejó sin efecto la convocatoria de la Audiencia de Pruebas. Asimismo, corrió traslado del escrito de TESUR a AZTECA. Mediante escrito del 28 de enero de 2020, AZTECA absolvió el mencionado escrito y solicitó al CCO continuar con la tramitación del procedimiento administrativo.
23. Mediante Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTTEL del 3 de febrero de 2020, el CCO resolvió aceptar en parte la solicitud de TESUR, consistente en que el CCO se desista de continuar con la tramitación del procedimiento administrativo respecto del periodo objeto de pronunciamiento del Tribunal Arbitral. Asimismo, desestimó su solicitud en lo concerniente al periodo del 25 de noviembre de 2015 al 31 de julio de 2017 y, en consecuencia, dispuso proceder con la continuación del procedimiento para resolver la controversia entre TESUR y AZTECA sobre el mencionado periodo.
24. Mediante escrito del 18 de febrero de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTTEL, el cual fue declarado fundado por este Tribunal mediante Resolución N° 016-2020-TSC/OSIPTTEL del 10 de setiembre de 2020, revocando la decisión del CCO de no continuar con la tramitación del procedimiento respecto del periodo comprendido entre el 1 de





agosto de 2017 y el 22 de febrero de 2018 y, en consecuencia, ordenó la continuación del procedimiento administrativo respecto a todo el periodo de reclamación. Asimismo, declaró improcedente la adhesión al recurso de apelación presentada por TESUR contra la referida resolución ⁽⁵⁾.

25. Mediante escrito del 7 de diciembre de 2020, TESUR remitió copia de la Resolución N° 11 de fecha 17 de noviembre de 2020, expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante, Resolución Judicial), mediante la cual confirmó la validez del Laudo Parcial y el Laudo Final emitidos por el Tribunal Arbitral a cargo del proceso arbitral iniciado por TESUR contra AZTECA. En consecuencia, TESUR solicitó se tenga en cuenta el referido pronunciamiento para el análisis de la presente controversia.
26. Mediante escritos del 14 y 15 de diciembre de 2020, TESUR y AZTECA, respectivamente, presentaron sus escritos de alegatos, a fin de ser considerados al momento de resolver la controversia. Asimismo, mediante escrito del 17 de diciembre de 2020, AZTECA presentó sus argumentos sobre los efectos de la Resolución Judicial.
27. Mediante Resolución Impugnada, el CCO declaró concluido el presente procedimiento sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia, atendiendo a los siguientes fundamentos:
 - (i) Se advierte una vinculación entre el análisis de los puntos controvertidos del presente procedimiento y el sustento del pronunciamiento del Tribunal Arbitral, que abarcan la determinación del valor del denominador “Na” de la fórmula de la Metodología, si el cálculo efectuado por las partes sobre la contraprestación respeta el marco legal vigente y si corresponde la devolución de algún monto. Asimismo, el Tribunal Arbitral hace un análisis de la fórmula contenida en el Reglamento respecto al denominador “Na”, incluyendo una evaluación de los Informes N° 251-2013-MTC/26, N° 292-2017-MTC/26, el Mandato de Compartición, entre otros documentos.
 - (ii) En el Laudo Final, el Tribunal Arbitral concluyó que el valor del denominador “Na” igual a uno (1) aplicado en el Contrato de Compartición resulta acorde con la normativa, en tanto debe entenderse como el número real de arrendatarios. Siendo así, se observa que las materias controvertidas en el presente procedimiento han sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral, cuya decisión tiene calidad de cosa juzgada, al haberse declarado infundado el recurso de anulación interpuesto contra el Laudo Final.
 - (iii) El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁽⁶⁾ (en adelante, TUO de la LOPJ), establece que ninguna autoridad puede dejar sin efecto una resolución con calidad de cosa juzgada, modificar su contenido ni retardar su ejecución. Asimismo, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General ⁽⁷⁾ (en adelante, TUO de la LPAG) establece que el objeto de los actos administrativos no podrá

⁵ Mediante escrito del 19 de junio de 2020, TESUR absolvió el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTEL y se adhirió a este solicitando que se declare nula la referida resolución.

⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

⁷ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.





contravenir mandatos judiciales firmes. En tal sentido, considerando que la competencia de una autoridad administrativa debe ser ejercida respetando el principio de legalidad, el CCO no puede dejar sin efecto, revisar, modificar ni retardar la ejecución de lo decidido con carácter de cosa juzgada en el fuero jurisdiccional.

- (iv) Al haberse tomado conocimiento que la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial ha validado el Laudo Final, que evaluó la misma materia que es objeto de análisis en el presente procedimiento, se ha producido la sustracción de la materia, al haber sido resulta de manera definitiva en sede jurisdiccional arbitral la controversia surgida entre las partes, por lo que corresponde que el CCO declare la conclusión del procedimiento sin pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.
 - (v) La conclusión del procedimiento no implica una renuncia a la competencia del CCO, dado que solo por ley o mandato judicial puede ser no exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia, supuesto que se presenta en este caso en virtud de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política, artículo 4 del TUO de la LOPJ y los artículos 2.5 y 215 del TUO de la LPAG.
28. Mediante escrito del 1 de febrero de 2021, AZTECA remitió copia de la Resolución N° Siete expedida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la validez del laudo emitido por el tribunal arbitral a cargo del proceso arbitral iniciado por Enel Distribución Perú S.A.A. contra AZTECA, mediante el cual dicho Tribunal Arbitral se declaró incompetente para pronunciarse sobre la controversia sometida a su jurisdicción.
29. Mediante Resolución N° 035-2021-CCO/OSIPTEL del 5 de febrero de 2021, el CCO dispuso que se esté a lo resuelto en la Resolución Impugnada.
30. Mediante Escrito N° 28 del 24 de febrero de 2021, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Impugnada, solicitando que se revoque, atendiendo a los siguientes argumentos:
- (i) Ambas controversias son distintas. Por un lado, AZTECA ha solicitado al OSIPTEL que verifique el cumplimiento de una norma imperativa, para lo cual debe determinar cuál es el valor del denominador “Na” y cómo se aplica correctamente para establecer la contraprestación máxima aplicable. Por otro lado, en su demanda arbitral, TESUR solicitó verificar el cumplimiento de obligaciones contractuales, para lo que el Tribunal Arbitral resolvió que correspondía que AZTECA pague la deuda a favor de la contraparte. Así, con sus pretensiones, TESUR busca resguardar la protección de intereses privados, mientras que las pretensiones de AZTECA están vinculadas a la protección de intereses públicos. No basta con que la materia sea la misma, sino que las pretensiones deben serlo, lo cual no se presenta en este caso.
 - (ii) La Resolución Judicial no limita la posibilidad de que el OSIPTEL se pronuncie en el presente caso. La Primera Sala Comercial de Lima ha advertido que la controversia sometida a arbitraje (pago de suma de dinero) sería independiente del ejercicio de las facultades reconocidas al OSIPTEL. Dicha resolución considera que el Tribunal Arbitral ha establecido que la controversia sometida a arbitraje era únicamente contractual, por lo que la decisión contenida en el Laudo Parcial y el Laudo Final no implica que





OSIPTEL no pueda dejar de ejercer las competencias que el ordenamiento le encarga.

- (iii) Lo único que resulta cosa juzgada en atención al Laudo Final es la existencia de un pago de una deuda a favor de TESUR, mientras que es labor exclusiva y excluyente del OSIPTEL determinar si los montos que AZTECA ha pagado corresponden ser devueltos al haber excedido el precio máximo legal, al analizar el cumplimiento de una norma imperativa del marco regulatorio.
 - (iv) Es una obligación del OSIPTEL ejercer las competencias que le fueron atribuidas, no puede dejar de ejercerlas, renunciar ni abstenerse. Sobre este punto, el TSC afirmó que los convenios arbitrales, los arbitrajes en curso o los laudos finales emitidos en un proceso arbitral son inaplicables al presente procedimiento de solución de controversias. Asimismo, ha determinado que el ejercicio de la competencia del OSIPTEL no debe sujetarse a lo resuelto en un laudo final, tenga o no calidad de cosa juzgada.
 - (v) No existe un mandato judicial firme para OSIPTEL respecto de lo discutido en el presente procedimiento. Ante la ausencia de mandato legal expreso y mandato por parte del Tribunal Arbitral o del Poder Judicial para concluir el procedimiento, el CCO no cuenta con sustento legal para la sustentación del procedimiento.
 - (vi) Los efectos de la decisión arbitral no pueden extenderse a un tercero ajeno al arbitraje: OSIPTEL. Es ilegítima cualquier decisión que obligue el cumplimiento de lo resuelto en sede arbitral a un tercero que no participó en el arbitraje.
 - (vii) La seguridad jurídica se afecta cuando la autoridad administrativa decide dejar de ejercer sus competencias legales exclusivas para la solución de controversias en materias reguladas, sin la existencia de una ley o mandato judicial.
31. Mediante Resolución N° 036-2021-CCO/OSIPTEL del 2 de marzo de 2021, el CCO declaró el concesorio del recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución Impugnada.
32. Mediante Memorando N° 00028-STCCO/2021 del 16 de marzo de 2021, la STCCO remitió a este Tribunal el Cuaderno Principal del Expediente N° 007-2018-CCO-ST/CI, a efectos de emitir pronunciamiento sobre el recurso de apelación.
33. El 9 de abril de 2021, TESUR absolvió el recurso de apelación interpuesto por AZTECA, solicitando que se declare infundado por los siguientes fundamentos:
- (i) La controversia versa sobre la misma materia discutida en el proceso arbitral seguido por TESUR y AZTECA. Al pronunciarse sobre la segunda pretensión de TESUR, el Tribunal Arbitral analizó si desde el inicio de la relación contractual la contraprestación fue determinada de manera incorrecta y, por tanto, si AZTECA tiene sustento para reclamar la devolución de montos para todo este periodo. Siendo así, el Tribunal Arbitral determinó que la contraprestación fue pactada conforme con el marco normativo aplicable y que no corresponde regularizar ni devolver los pagos que se hayan efectuado de conformidad con lo pactado en el Contrato de Participación. Dado que ello forma parte de su decisión, tiene la protección de la calificación del Laudo





Final como cosa juzgada material. Por tanto, ya existe pronunciamiento jurisdiccional sobre lo que reclama AZTECA.

- (ii) El Tribunal Arbitral es competente para determinar la validez y legalidad de la contraprestación pactada. La Resolución Judicial confirmó la validez del Laudo Parcial, en el que se estableció que el Tribunal Arbitral es competente para analizar y pronunciarse sobre la normativa que regula el Contrato de Compartición. Cualquier pronunciamiento administrativo que aborde dicha materia sería nulo, por vulnerar el derecho de TESUR a la plena efectividad de las decisiones jurisdiccionales, así como su derecho de cosa juzgada.
 - (iii) Lo resuelto en el Laudo Final es de obligatorio cumplimiento para OSIPTEL. Si el Tribunal del OSIPTEL se pronuncia en sentido distinto al Tribunal Arbitral y ordena alguna actuación que contravenga el Laudo Final, se le estaría privando de todo efecto real, que es cosa juzgada. Lo resuelto en el Laudo no cubre únicamente su parte resolutive, sino también la parte considerativa, lo que está protegido por la institución de la cosa juzgada material, que impide que se desvirtúe el contenido de su decisión. OSIPTEL, quien no califica como un tercero sino como autoridad administrativa, tiene el deber legal y constitucional de no interferir con la ejecución de sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales.
 - (iv) El numeral 2 del artículo 139 de la Constitución, el artículo 4 del TUO de la LOPJ y el numeral 4 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), son las normas de rango legal y constitucional que contienen el mandato expreso que requiere OSIPTEL para abstenerse de conocer lo discutido en este procedimiento.
34. El 4 de junio de 2021 se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la participación de los representantes de ambas partes.
35. Mediante escrito del 18 de junio de 2021, TESUR presentó alegaciones a fin de que el Tribunal las tenga presentes al resolver.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

36. De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes, se advierte que AZTECA apeló la decisión del CCO de declarar la conclusión del presente procedimiento administrativo sin declaración sobre el fondo, solicitando su revocación.
37. En ese sentido, este Tribunal considera que la materia en discusión en el presente caso consiste en determinar si corresponde declarar la conclusión del procedimiento por sustracción de la materia, tras haberse tomado conocimiento de la Resolución Judicial, mediante la cual confirmó la validez del Laudo Parcial y el Laudo Final emitidos por el Tribunal Arbitral a cargo del proceso arbitral iniciado por TESUR contra AZTECA.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1 Sobre la competencia exclusiva e irrenunciable del OSIPTEL para resolver la controversia materia del presente procedimiento administrativo trilateral





38. En la Resolución Impugnada, el CCO concluyó que, al haber tomado conocimiento de que la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima ha validado el Laudo Final, se produjo la sustracción de la materia, dado que habría sido resuelta de manera definitiva en sede jurisdiccional arbitral la controversia surgida entre las partes de este procedimiento, por lo que declaró concluido el procedimiento sin declaración sobre el fondo.
39. Asimismo, dicho órgano colegiado señaló que su decisión de concluir el procedimiento no implica una renuncia a su competencia, dado que es en virtud de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución ⁽⁸⁾, el artículo 4 del TUO de la LOPJ ⁽⁹⁾ y el artículo 215 del TUO de la LPAG ⁽¹⁰⁾ que no le corresponde emitir una declaración sobre el fondo de la presente controversia.
40. Por su lado, AZTECA indicó que es obligación del OSIPTEL ejercer las competencias que le fueron atribuidas y que no existe un mandato legal expreso o un mandato del Tribunal Arbitral o del Poder judicial para concluir el procedimiento. Por otro lado, TESUR coincidió con el CCO al indicar que el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución, el artículo 4 del TUO de la LOPJ y el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Arbitraje ⁽¹¹⁾ son las normas de rango legal y constitucional que contienen el mandato expreso que requiere OSIPTEL para abstenerse de conocer lo discutido en este procedimiento.
41. Al respecto, a efectos de abordar los argumentos previamente expuestos, este Tribunal considera importante desarrollar lo relativo a la competencia exclusiva e irrenunciable del OSIPTEL para conocer la controversia objeto del presente procedimiento administrativo en materia de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica.
42. La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley Marco de Organismos

⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
“Artículo 139.- Principios de la función jurisdiccional

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. *La independencia en el ejercicio jurisdiccional:*

Ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución.”

⁹ **DECRETO SUPREMO N° 017-93-JUS – LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL**

“Artículo 4.- (...) *Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.”*

¹⁰ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Artículo 215.- Irrevisabilidad de actos judicialmente confirmados

No serán en ningún caso revisables en sede administrativa los actos que hayan sido objeto de confirmación por sentencia judicial firme.”

¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 – DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE**

“Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

(...)

4. *Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.”*





Reguladores), en su artículo 3, reconoce la competencia de los organismos reguladores para resolver conflictos que puedan presentarse entre empresas que se encuentran bajo su ámbito de competencia, reconociendo o desestimando los derechos que las partes pudieran invocar ⁽¹²⁾.

43. Los alcances de la función de solución de controversias a cargo del OSIPTEL se detallan en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL). En esta norma se precisa que la competencia del OSIPTEL comprende la evaluación de toda controversia que sea consecuencia de las acciones u omisiones que puedan afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga condición de empresa operadora ⁽¹³⁾.
44. La atribución de esta competencia se encuentra detallada en el Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General del OSIPTEL) y en el Reglamento de Solución de Controversias. En ambas normas se contempla un listado de las controversias que se encuentran dentro del ámbito de competencia del OSIPTEL, entre las que se incluyen aquellas relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones ⁽¹⁴⁾.

¹² **LEY N° 27332, LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

e) *Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,*

(...)

(Énfasis agregado)

¹³ **LEY N° 27336, LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL OSIPTEL**

“Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa

Son competentes para resolver controversias:

a) *En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.*

b) *En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable.*

Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.”

¹⁴ **DECRETO SUPREMO N° 008-2001-PCM, REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL**

“Artículo 53.- Controversias entre Empresas

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

(...)

f) *Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.”*

RESOLUCIÓN N° 136-2011-CD-OSIPTEL, REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS

“Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL. El OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:

a. *El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.*

b. *La interconexión de redes en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.*

c. *El derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.*

d. *Tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente.*





45. El referido marco normativo permite desprender que la competencia del OSIPTEL en materia de solución de controversias comprende a todas aquellas controversias que involucren el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público que sea necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y que pudiera surgir en el marco de la Ley de Banda Ancha ⁽¹⁵⁾, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora.
46. Teniendo presente lo anterior, con relación a la competencia del CCO para evaluar la controversia en el caso concreto, resulta pertinente reiterar que este Tribunal se ha pronunciado en anteriores oportunidades sobre los alcances de la función administrativa de solución de controversias que ejerce el OSIPTEL y sobre su competencia para conocer la presente controversia ⁽¹⁶⁾.
47. Al respecto, cabe recordar que la Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que la función de solución de controversias comprende toda controversia que pueda plantearse como consecuencia de las acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Esto implica que el ejercicio de dicha función comprende aquellas disputas que tengan incidencia efectiva y también aquellas que tengan incidencia potencial en este mercado.
48. Por un lado, una afectación efectiva al mercado de telecomunicaciones puede reflejarse en un daño causado por la conducta activa u omisiva de los agentes económicos, que puede ser contrastado en los hechos, mediante aspectos técnicos (por ejemplo, corte de algún servicio), o económicos (por ejemplo, cobro de cargos distintos a los previstos por el marco normativo o regulatorio).
49. De otro lado, una afectación potencial podría presentarse de dos formas: (i) como una conducta activa u omisiva de algún agente que tiene la capacidad de generar un daño al mercado, entendido como el ámbito en el que interactúan proveedores y usuarios de servicios de telecomunicaciones, a pesar de que este aún no se ha producido; y, (ii) cuando esta misma conducta se encuentra relacionada con un propósito que el legislador considere que debe cautelarse.
50. Como señaló este Tribunal en otros pronunciamientos emitidos en este procedimiento ⁽¹⁷⁾, se advierte que concurren ambos supuestos. La afectación efectiva se encuentra relacionada con el reclamo expuesto por AZTECA, respecto

e. Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.

f. El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Asimismo, el OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.”

¹⁵ Es importante indicar que la función de solución de controversias derivadas de las relacionadas de compartición de infraestructura comprende también a aquellas que surjan en aplicación de la Ley N° 28295, Ley de que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, y del Decreto Legislativo N° 1019, Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

¹⁶ Ver: Resolución N° 011-2019-TSC/OSIPTEL, Resolución N° 025-2019-TSC/OSIPTEL y Resolución N° 016-2020-TSC/OSIPTEL.

¹⁷ Ver: Resolución N° 025-2019-TSC/OSIPTEL del 15 de noviembre de 2019 y Resolución N° 016-2020-TSC/OSIPTEL del 10 de setiembre de 2020.





del alegado quebrantamiento del marco regulatorio que se habría producido en el periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y el dictado del Mandato de Compartición, al haberse estipulado en una contraprestación periódica que supera el precio máximo fijado en el Reglamento.

51. Respecto a la afectación potencial, la controversia tiene relación directa con la segunda forma de manifestación que activa la competencia de la potestad para el ejercicio de la función administrativa de solución de controversias, esto es, con la finalidad o bien jurídico que pretende cautelar el marco normativo. En efecto, si bien la Ley de Banda Ancha declara de necesidad pública e interés nacional la construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO) a fin de permitir su despliegue a nivel nacional, hace lo propio respecto al régimen de acceso y uso compartido de infraestructura, que permite facilitar el despliegue de las redes de telecomunicaciones, necesarias para la provisión de banda ancha.
52. Sobre este punto, se debe resaltar el propósito de la Ley de Banda Ancha de impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la banda ancha en todo el territorio nacional ⁽¹⁸⁾. Como se mencionó previamente, esta norma declaró de interés nacional y necesidad pública tanto la construcción de la RDNFO, el despliegue de redes de alta capacidad para lograr la conectividad a la banda ancha en todo el territorio, así como el acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, con el objetivo de facilitar el despliegue de las redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de este servicio.
53. Para lograr este objetivo, se dispuso la promoción de inversión e implementación de la RDNFO, cuya operación debía ser otorgada en concesión a uno o más operadores neutros, dedicados a la prestación exclusiva de servicios portadores. Asimismo, la Ley de Banda Ancha estableció que el concesionario, a efectos del despliegue de dicha red, puede solicitar el acceso y uso compartido de infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos para constituir la infraestructura de soporte, esto es, infraestructura sobre la cual se desarrolla la RDNFO, toda vez que resultaba más eficiente en términos de costos y tiempo ⁽¹⁹⁾.
54. AZTECA es la empresa que se adjudicó el desarrollo del proyecto de construcción y operación de la RDNFO, asumiendo la responsabilidad de la prestación del servicio público de portador a través de dicha red. Por tanto, los conflictos que pudieran surgir en la ejecución u operación del referido proyecto pueden tener incidencia en el despliegue de la red, pero también en la misma operación, en tanto podría

¹⁸ **LEY Nº 29904, LEY DE PROMOCIÓN DE LA BANDA ANCHA Y CONSTRUCCIÓN DE LA RED DORSAL NACIONAL DE FIBRA ÓPTICA**

“Artículo 2.- Promoción de la Banda Ancha

El Estado promueve la Banda Ancha y su aprovechamiento por parte de toda persona, como medio que coadyuva al efectivo ejercicio de sus derechos a la educación, salud y trabajo, y a sus libertades de información, expresión, opinión, empresa y comercio, reconocidos constitucionalmente.”

“Artículo 4.- Definición de Banda Ancha

Para efectos de la presente Ley, entiéndese por Banda Ancha a la conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales.”

¹⁹ Ver: Exposición de Motivos del Reglamento de la ley Nº 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.





afectar la prestación del servicio portador que debe encontrarse en posibilidad de ofrecer a terceros.

55. La mencionada declaratoria de interés nacional y necesidad pública contenida en la Ley de Banda Ancha y el Reglamento tiene relación con la intervención administrativa del componente económico previsto, al establecer un precio máximo por concepto de contraprestación periódica, lo que implica que, si se exige o se fija una contraprestación periódica por encima de este precio máximo establecido, se constituiría un quebrantamiento del interés que pretende promover y tutelar la Ley de Banda Ancha. En ese contexto, el cuestionamiento de la aplicación del precio máximo a una relación contractual de compartición de infraestructura tiene la aptitud de activar la potestad administrativa de solución de controversias que el legislador ha reservado al OSIPTEL.
56. En tal sentido, como ha señalado este Tribunal en el marco de este procedimiento ⁽²⁰⁾, concurren los elementos para activar la competencia del CCO en la evaluación de la controversia entre AZTECA y TESUR, en tanto la materia involucrada es capaz de afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.
57. Teniendo claro que la evaluación de la presente controversia es de competencia del OSIPTEL, es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento General del OSIPTEL, en el que se detalla que las empresas operadoras pueden someter sus controversias a arbitraje, siempre que estas no versen sobre materias no arbitrables. Esta norma es plenamente compatible con la Ley de Arbitraje vigente, en tanto desarrolla de manera expresa los alcances de las materias no arbitrables, en contraposición a aquellas que son de libre disposición ⁽²¹⁾.
58. Lo anterior debe ser analizado sistemáticamente con el artículo 55 del referido reglamento, en el que se establece que las controversias entre empresas de mercados sujetos a regulación requieren ser resueltas mediante un procedimiento administrativo trilateral, agotando previamente la vía administrativa ⁽²²⁾. Asimismo, el Reglamento de Solución de Controversias resalta no solo la obligatoriedad de la vía administrativa previa, sino también su carácter exclusivo ⁽²³⁾.
59. Conforme a lo expuesto, las controversias que puedan surgir respecto a conflictos sobre interconexión de servicios o derechos de acceso a la red entre empresas operadoras e incluso las referidas al acceso y uso compartido de infraestructura de

²⁰ Ver: Resolución N° 025-2019-TSC/OSIPTEL del 15 de noviembre de 2019 y Resolución N° 016-2020-TSC/OSIPTEL del 10 de setiembre de 2020.

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 – DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE**
“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.
1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.”

²² **DECRETO SUPREMO N° 008-2001-PCM, REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL**
“Artículo 55.- Vía administrativa previa
La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSIPTEL, de acuerdo con las reglas establecidas en el presente Reglamento.”

²³ **RESOLUCIÓN N° 136-2011/CD-OSIPTEL, REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS**
“Artículo 3.- Vía previa.
La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva del OSIPTEL.”





uso público, no pueden ser sometidas a consideración de los fueros jurisdiccionales si previamente no se ha obtenido un pronunciamiento en la vía administrativa.

60. Adicionalmente, el mencionado artículo 50 del Reglamento General del OSIPTEL, además de establecer con claridad que las empresas operadoras no pueden someter sus controversias a arbitraje cuando versen sobre materias no arbitrables, añade una precisión que resulta determinante para efectos de entender cuándo nos encontramos frente a materias no arbitrables en los procedimientos que se siguen en el fuero administrativo del OSIPTEL, al señalar que no son arbitrables aquellas materias referidas al ejercicio de las funciones administrativas que corresponde desarrollar a este organismo regulador ⁽²⁴⁾.
61. Asimismo, el TUO de la LPAG establece que la competencia administrativa no puede ser renunciable y las autoridades competentes no pueden abstenerse de ejercer estas atribuciones ⁽²⁵⁾. Con mayor énfasis, esta misma norma califica el ejercicio de la competencia administrativa como una obligación directa de los órganos administrativos ⁽²⁶⁾.
62. En otros términos, la competencia administrativa es irrenunciable y las autoridades competentes no pueden abstenerse de ejercer estas atribuciones, dado que ello supondría renunciar a la competencia administrativa atribuida al OSIPTEL e incumplir la obligación que tienen los órganos de esta entidad de ejercerla conforme a ley. Asimismo, de acuerdo con el artículo 74.2 del TUO de la LPAG, solo se admite la posibilidad de no ejercer la competencia cuando existe una ley o mandato

24 **DECRETO SUPREMO Nº 008-2011-PCM - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL**

“Artículo 50.- Arbitraje administrado por OSIPTEL

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, OSIPTEL podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias indicadas y las de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras.

Las empresas operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a OSIPTEL.

(...)

(Énfasis añadido)

25 **DECRETO SUPREMO Nº 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nº 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Artículo 74.- Carácter inalienable de la competencia administrativa

74.1 Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo.

74.2 Solo por ley o mediante mandato judicial expreso, en un caso concreto, puede ser exigible a una autoridad no ejercer alguna atribución administrativa de su competencia.

74.3 La demora o negligencia en el ejercicio de la competencia o su no ejercicio cuando ello corresponda, constituye falta disciplinaria imputable a la autoridad respectiva.

74.4 Las entidades o sus funcionarios no pueden dejar de cumplir con la tramitación de procedimientos administrativos, conforme a lo normado en la presente Ley.

Todo acto en contra es nulo de pleno derecho.”

(Énfasis agregado)

26 **DECRETO SUPREMO Nº 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nº 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Artículo 76.- Ejercicio de la competencia

76.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley.

76.2 El encargo de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia.

76.3 No puede ser cambiada, alterada o modificada la competencia de las entidades consagradas en la Constitución.”





judicial expreso, supuestos que no se dan en el presente caso con la emisión de un Laudo Final.

63. Atendiendo estos alcances, este Tribunal considera que la interpretación que se desprende del marco normativo, integrado por la Ley Marco de Organismos Reguladores, el TUO de la LPAG, la Ley de Arbitraje y la Ley de Banda Ancha, conduce a afirmar que, la no disponibilidad de la materia objeto de la controversia que se suscita en este procedimiento se deriva de: (i) la materia que afecta el orden público o incide en el interés público; y, (ii) la existencia de una competencia exclusiva del OSIPTEL para el ejercicio de la función de solución de controversias relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos.
64. Considerando todo lo expuesto, este Tribunal estima pertinente señalar que, en el supuesto en que la controversia resuelta ante el Tribunal Arbitral sea la misma que la que se tramita en este procedimiento, podría verse afectada la competencia atribuida por ley al OSIPTEL como consecuencia del pronunciamiento en sede arbitral sobre una materia de carácter no arbitrable que, como se ha desarrollado ampliamente, es de competencia exclusiva e irrenunciable del OSIPTEL.
65. Asimismo, es importante reiterar que las controversias surgidas respecto a la determinación de la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica se encuentran dentro del ámbito de competencia exclusiva del OSIPTEL, toda vez que ello permite que exista un único criterio sobre la interpretación y aplicación de los valores de las variables de la fórmula de la Metodología para la determinación de la referida contraprestación contenida en el Anexo 1 del Reglamento, ante la existencia de una controversia sobre el particular.
66. Más aún, el marco normativo otorga a este órgano colegiado del OSIPTEL la facultad de interpretar de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones, lo que permite uniformizar los criterios interpretativos desarrollados por las instancias de solución de controversias, al constituir un precedente de observancia obligatoria en materia administrativa ⁽²⁷⁾. Esta facultad brinda al

27

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

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

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

DECRETO SUPREMO N° 160-2020-PCM - REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL

“Artículo 21.- Funciones del Tribunal de Solución de Controversias

Son funciones del Tribunal de Solución de Controversias las siguientes:

(...)

c) Expedir resoluciones que constituyan precedente vinculante en materia administrativa.”

LEY N° 27332 – LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

“Artículo 9.- Del Tribunal de Solución de Controversias

9.1 Los Organismos Reguladores contarán con un Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia administrativa.”





OSIPTEL una herramienta para garantizar, entre otros principios, la seguridad jurídica y predictibilidad a los administrados.

67. A manera de ejemplo, este Tribunal emitió un precedente de observancia obligatoria, contenido en la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL ⁽²⁸⁾, a través del cual interpretó con carácter general que el denominador “Na” contenido en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda, desde su versión primigenia, contempla un valor equivalente a tres (3), independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar.
68. Un escenario contrario al mencionado, esto es, en el que el marco normativo permitiera que, sin pasar por la vía administrativa, cada tribunal arbitral se pronunciara sobre las controversias referidas a la determinación de la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura de uso público, se generaría el riesgo de que existan criterios diferentes sobre la aplicación de la fórmula de la Metodología del Reglamento.
69. Lo anterior como resultado de interpretaciones que no necesariamente atienden al interés público al cual se dirige la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, que, a diferencia de las autoridades jurisdiccionales, la autoridad administrativa está obligada a considerar al interpretar la normativa aplicable y emitir un acto administrativo ⁽²⁹⁾. La materialización de ese riesgo podría terminar configurando un quebrantamiento del mencionado interés público que pretende promover y tutelar la referida ley.
70. En ese sentido, sin perjuicio de que el OSIPTEL tiene la competencia exclusiva e irrenunciable para resolver la controversia suscitada entre AZTECA y TESUR objeto de este procedimiento, este Tribunal considera necesario abordar los argumentos desarrollados por el CCO y las partes sobre la calidad de cosa juzgada del Laudo Final y su incidencia en este procedimiento administrativo trilateral.

3.2 Sobre la calidad de cosa juzgada del Laudo Final y su incidencia en el procedimiento administrativo trilateral

71. Como se indicó previamente, el CCO declaró concluido el presente procedimiento administrativo sin declaración sobre el fondo, tras haber tomado conocimiento de que la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundado el recurso de anulación y, en consecuencia, validó el Laudo Final en el que se habría evaluado y resuelto la misma materia que es objeto de análisis en este procedimiento.

²⁸ Precedente de observancia obligatoria publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 18 de diciembre de 2020 en el marco del procedimiento de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C contra Enel Distribución Perú S.A.A (Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI).

²⁹ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Artículo 86.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes: (...)

8. Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.”

(Énfasis agregado)





72. En concreto, el CCO indicó que existe una vinculación entre el análisis de los puntos controvertidos fijados en este procedimiento ⁽³⁰⁾ y el sustento del pronunciamiento del Tribunal Arbitral, al verificar que en el Laudo Final se analizó si el valor del denominador “Na” de la Metodología asignado por las partes se ajustó al marco legal aplicable, para lo cual evaluó la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento, los Informes N° 251.2013-MTC/06 y N° 292-2017-MTC/26, el Mandato de Compartición y los Oficios N° 579-2017-MTC/03 y N° 520-2017-MTC/03.
73. En ese contexto, atendiendo a que en el Laudo Final se concluyó que el valor del denominador “Na” aplicado en el Contrato de Compartición resulta acorde con la normativa, el CCO consideró que las materias controvertidas en el presente procedimiento han sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral, cuya decisión tiene calidad de cosa juzgada, por lo que ninguna autoridad puede revisar o modificar lo ya decidido.
74. En contraposición a lo resuelto, AZTECA indicó que la controversia existente entre las partes en el presente procedimiento administrativo es distinta a la resuelta en el fuero arbitral. Precisa que, no basta que la materia sea la misma, sino que las pretensiones deben serlo, lo que no se presenta en este caso, dado que AZTECA solicitó al OSIPTEL que verifique el cumplimiento de una norma imperativa, protegiendo así un interés público; mientras que TESUR solicitó verificar el cumplimiento de obligaciones contractuales, buscando proteger un interés privado.
75. AZTECA indicó también que lo único que resulta cosa juzgada en atención al Laudo Final es la existencia de una obligación de pago a favor de TESUR, mientras que es labor exclusiva del OSIPTEL determinar si los montos que AZTECA pagó corresponden ser devueltos al haber excedido el precio máximo legal, tras analizar el cumplimiento de una norma imperativa del marco regulatorio.
76. TESUR, por su lado, sostuvo que la controversia versa sobre la misma materia discutida en el proceso arbitral seguido por TESUR contra AZTECA, considerando que el Tribunal Arbitral determinó en su análisis que la contraprestación fue pactada conforme con el marco normativo aplicable. Señala que los alcances de la cosa juzgada cubren no solo la parte resolutive, sino también la parte considerativa, por lo que dicho contenido del Laudo Final tiene la protección de la cosa juzgada material. Por tanto, TESUR indica que ya existiría pronunciamiento jurisdiccional sobre lo que reclama AZTECA, de modo que cualquier pronunciamiento administrativo que aborde dicha materia vulneraría el derecho de TESUR a la plena efectividad de las decisiones jurisdiccionales y a la cosa juzgada.
77. Atendiendo a lo expuesto, se evaluarán los alcances de la calidad de cosa juzgada del Laudo Final.

³⁰ Los puntos controvertidos fijados por el CCO, mediante Resolución N° 022-2020-CCO/OSIPTEL de fecha 2 de enero de 2020, fueron los siguientes:

- (i) *Determinar si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica de Banda Ancha, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, La Metodología).*
- (ii) *Determinar si para el cálculo de la contraprestación contenida en el Anexo N° 5 del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme a La Metodología.*
- (iii) *De verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme a La Metodología, determinar el monto que corresponde a TESUR devolver a AZTECA.*





3.2.1 El Laudo Final y su calidad de cosa juzgada

78. El artículo 59 de la Ley de Arbitraje establece que todo laudo produce efectos de cosa juzgada ⁽³¹⁾. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el laudo produce efectos de cosa juzgada cuando queda firme, lo que sucede cuando no ha sido impugnado mediante el recurso de anulación de laudo ⁽³²⁾. De manera similar, la doctrina especializada en arbitraje establece que la firmeza del laudo se produce cuando contra este no se ha interpuesto el recurso de anulación o, una vez interpuesto, este haya sido desestimado ⁽³³⁾.
79. En este sentido, se identifican dos situaciones en las cuales una decisión jurisdiccional adquiere la calidad de firme y, por tanto, de cosa juzgada: (i) cuando ha transcurrido el plazo para impugnar la decisión sin haberse presentado el recurso correspondiente; o, (ii) cuando se han agotado todos los mecanismos para cuestionarlo en el proceso.
80. En estos términos, tal como ha sido reconocido por el CCO y por las partes, se puede afirmar que el Laudo Final adquirió la calidad de cosa juzgada cuando el recurso de anulación interpuesto contra este fue declarado infundado por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la Resolución Judicial, confirmando su validez. La discrepancia está, entonces, en los alcances del efecto de cosa juzgada y su incidencia en este procedimiento administrativo.
81. La garantía de la cosa juzgada tiene su reconocimiento a nivel constitucional y legal. El inciso 2 del artículo 139 de la Constitución ⁽³⁴⁾ y el artículo 4 del TUO de la

³¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 – DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE**

“Artículo 59.- Efectos del laudo.

(...)

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.”

³² En la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01064-2013-AA/TC, fundamento 22, se indica lo siguiente:

22. (...) una vez vencido el plazo para solicitar la anulación del laudo, esto es, 10 días hábiles contados desde la notificación del laudo o de notificadas las correcciones, integración o aclaraciones del mismo (L.G.A.) o 20 días siguientes a la notificación, rectificación, interpretación, integración, exclusión del laudo (D.L.), el laudo es firme. Es pues a partir de este momento que el laudo no solo ha resuelto definitivamente la controversia, sino que lo ha hecho firmemente, no pudiendo volverse a plantearse el conflicto ni ante un juez ni ante otro árbitro. Por lo tanto, el laudo tiene efecto tanto de cosa juzgada formal (lo que garantiza la inatacabilidad judicial del laudo), como de cosa juzgada material (lo que garantiza que no podrá dictarse un nuevo laudo o sentencia sobre lo que ha sido objeto del arbitraje). En suma, el laudo tiene efecto de cosa juzgada porque lo decidido por el árbitro o tribunal arbitral vincula a los jueces y a las partes del arbitraje. Esto configura la existencia, en sede arbitral, del derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral, derecho éste que puede ser exigible ya sea en sede arbitral o en sede del Poder judicial”.
(Énfasis agregado)

³³ Cantuarias, F. *Ejecución de laudos arbitrales ejecutados en el Perú*. En: Revista Derecho & Sociedad, N° 25, 2005. p. 209. En este se señala lo siguiente:

“La firmeza del mismo se produce bien porque contra el mismo no se haya interpuesto el recurso de anulación, o bien porque interpuesto el mencionado recurso éste haya sido desestimado. El efecto que produce, como hemos apuntado, es de cosa juzgada, la cual deberá ser contemplada en su doble vertiente: como cosa juzgada formal, suponiendo que no es susceptible de ser atacada; y como cosa juzgada material, que impide que se abra un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido juzgado por el/los árbitro/s con tal de que exista una identidad de sujetos, objeto y actividad arbitral concluida.”
(Énfasis agregado).

³⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
“Artículo 139.- Principios de la función jurisdiccional





LOPJ ⁽³⁵⁾ establecen que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, modificar su contenido, ni retardar su ejecución.

82. En línea con el citado marco normativo, el Tribunal Constitucional ⁽³⁶⁾ ha señalado que la cosa juzgada garantiza el derecho a que las resoluciones o fallos judiciales que hayan puesto fin al proceso no puedan ser recurridos mediante medios impugnatorios, ya sea porque han sido agotados o ha transcurrido el plazo para impugnarlos, y a que su contenido no pueda ser dejado sin efecto ni modificado por actos de otros poderes públicos, de terceros o de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó, independientemente de si el pronunciamiento fue favorable o desfavorable para quien promovió la acción.
83. Asimismo, también ha señalado que el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales que adquirieron la calidad de cosa juzgada *“constituye un límite [de] los órganos de Poder Judicial y de la Administración Pública, en tanto les prohíbe que puedan modificar la ratio decidendi o los términos de ejecución de las resoluciones judiciales que han adquirido la autoridad de cosa juzgada o tergiversar sus términos o interpretarlos en forma maliciosa, parcializada o carente de razonabilidad, garantizando así la eficacia del principio de seguridad jurídica”* ⁽³⁷⁾.
84. Del texto citado se aprecia que el Tribunal Constitucional estableció como criterio para determinar los alcances del contenido del laudo o decisión judicial que tienen

*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)*

2. La independencia en el ejercicio jurisdiccional:

Ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución.”

³⁵ **DECRETO SUPREMO N° 017-93-JUS – LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL**

“Artículo 4.- (...) Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.”

- ³⁶ En la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4587-2004-AA/TC se señaló lo siguiente:

“38. En opinión del Tribunal Constitucional, mediante el derecho a que se respeta una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no pueden ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismo órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó.”
(Énfasis agregado)

En la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00574-2011-PA/TC se señaló lo siguiente:

“5. De acuerdo con lo señalado este principio de cosa juzgada que rige la función jurisdiccional le otorga al fallo judicial la calidad de indiscutible –ya que constituye decisión final–, a la par que garantiza al justiciable la certeza de que su contenido permanecerá inalterable, independientemente de si el pronunciamiento expedido haya sido favorable o desfavorable para quien promovió la acción.”
(Énfasis agregado)

- ¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04665-2016-PA/TC, fundamento 7.





la protección de la cosa juzgada (i) la *ratio decidendi*, y (ii) los términos de ejecución de la decisión.

85. Adicionalmente, el máximo intérprete de la Constitución ha desarrollado también lo relativo al efecto de cosa juzgada del laudo en su vertiente formal y material, señalando que esta última garantiza que no podrá dictarse un nuevo laudo o sentencia sobre lo que ha sido objeto del arbitraje, de forma que el contenido del laudo que tenga dicha condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado.

*“22. (...) el laudo tiene efecto tanto de cosa juzgada formal (lo que garantiza la inatacabilidad judicial del laudo), como de cosa juzgada material (lo que garantiza que **no podrá dictarse un nuevo laudo o sentencia sobre lo que ha sido objeto del arbitraje**). En suma, el laudo tiene efecto de cosa juzgada porque lo decidido por el árbitro o tribunal arbitral vincula a los jueces y a las partes del arbitraje. Esto configura la existencia, en sede arbitral, del derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral, derecho éste que puede ser exigible ya sea en sede arbitral o en sede del Poder judicial.*

*23. En relación a este derecho, y haciendo un matiz para la jurisdicción arbitral, este Tribunal Constitucional considera que el derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral, entre otros contenidos, “garantiza el derecho de toda parte arbitral, en primer lugar, a que los laudos que hayan puesto fin al proceso arbitral, y que no hayan sido impugnados oportunamente, no puedan ser recurridos posteriormente mediante medios impugnatorios o recursos, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlos; y, en segundo lugar, a que el contenido de los laudos que hayan adquirido tales condiciones, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos árbitros que resolvieron el arbitraje en el que se dictó el laudo” (Cfr., *mutatis mutandis*, STC N° 04587-2004-AA/TC, fundamento 38).”⁽³⁸⁾*

(Énfasis agregado)

86. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en la Casación N° 14770-2017, La Libertad, que la cosa juzgada surte efectos cuando convergen los requisitos necesarios que dan lugar a la triple identidad que señala el artículo 452 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS (en adelante, Código Procesal Civil): deben tratarse de las mismas partes, de los mismos hechos que den fundamento a las pretensiones y del mismo interés para obrar. En la misma línea, la doctrina especializada en arbitraje ha señalado que la cosa juzgada material impide que se abra un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido juzgado por el árbitro siempre que exista identidad de sujetos, objeto y actividad arbitral concluida, es decir, no se puede iniciar otro juicio sobre la misma controversia sometida a arbitraje ni se puede juzgar de forma contraria a lo resuelto⁽³⁹⁾.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01064-2013-AA/TC.

³⁹ Cantuarias, F. *Ejecución de laudos arbitrales ejecutados en el Perú*. En: Revista Derecho & Sociedad, N° 25, 2005. p. 209. En este se señala lo siguiente:

“El efecto que produce, como hemos apuntado, es de cosa juzgada, la cual deberá ser contemplada en su doble vertiente: como cosa juzgada formal, suponiendo que no es susceptible de ser atacada; y como cosa juzgada material, que impide que se abra un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido juzgado por el/los árbitro/s con tal de que exista una identidad de sujetos, objeto y actividad arbitral concluida. Es decir, con este efecto se consagra la irrevocabilidad e inmutabilidad del laudo arbitral. Concretamente el efecto de cosa juzgada material del laudo puede operar de dos formas: de forma negativa, impidiendo que se replantee un ulterior juicio sobre la controversia sometida a arbitraje; y, de forma positiva, imposibilitando que se juzgue de forma contraria a lo fallado.”





87. En este orden de ideas, es innegable que el Laudo Final en efecto tiene calidad de cosa juzgada, lo que implica que este no puede ser recurrido ni cuestionado, y que su contenido -entendido como la *ratio decidendi* y sus términos de ejecución- no pueden ser modificados, dejados sin efecto, ni puede interferirse con su ejecución.
88. Al respecto, TESUR señala que el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral, que abarca la legalidad del Contrato de Compartición y el valor del denominador “Na”, forma parte del contenido del Laudo Final, alcanzándole la protección de cosa juzgada material, por lo que un pronunciamiento del OSIPTEL sobre dicha materia vulneraría su derecho a la cosa juzgada.
89. En tal sentido, sin perjuicio de lo previamente desarrollado en el acápite 3.1, se analizará la garantía e institución procesal de la cosa juzgada.

3.2.2 Sobre la cosa juzgada y la identidad de procesos

90. El Código Procesal Civil contiene diversas disposiciones sobre la institución procesal de la cosa juzgada. En su artículo 453 ⁽⁴⁰⁾ establece que es fundada la excepción de cosa juzgada cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya ha sido resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme. El mismo texto legal desarrolla qué se entiende por procesos idénticos, indicando que *“Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos”* ⁽⁴¹⁾.
91. Cabe señalar que el Código Procesal Civil resulta aplicable a los procedimientos administrativos conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Final del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas ⁽⁴²⁾, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias), así como en el inciso 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG ⁽⁴³⁾.

(Énfasis agregado)

- 40 **CÓDIGO PROCESAL CIVIL – RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS**
“Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción.-
Artículo 453.- *Son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:*
1. *Que se encuentra en curso;*
2. *Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme;*
3. *En que el demandante se desistió de la pretensión; o,*
4. *En que las partes conciliaron o transigieron.”*
(Énfasis agregado)
- 41 **CÓDIGO PROCESAL CIVIL – RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS**
“Procesos idénticos.-
Artículo 452.- *Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.”*
- 42 **RESOLUCIÓN DE 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.”*
- 43 **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*





92. De acuerdo con ello, la cosa juzgada solo surtirá efectos respecto de determinada controversia cuando se presente la triple identidad entre el proceso en trámite y el proceso concluido: (i) identidad de partes o quienes de ellos deriven sus derechos; (ii) identidad de petitorio; e, (iii) identidad de interés para obrar.
93. La triple identidad como requisitos de la cosa juzgada ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, como se ha señalado previamente, en el octavo fundamento de la Casación N° 14770-2017, de La Libertad, se señaló que deben tratarse de las mismas partes, esto es, la misma persona demandante y la misma persona demandada en ambos casos; deben ser los mismos hechos; y, la misma acción o interés para obrar del titular:

“(…) corresponde precisar que la cosa juzgada es una institución procesal que surte efectos cuando convergen los requisitos necesarios que dan lugar a la triple identidad que señala el artículo 452° del Código Procesal Civil, esto es: i) que el proceso fenecido haya ocurrido entre las mismas partes; ii) debe ser la misma persona demandante y demandada en ambos casos; y, iii) que se trate de los mismos hechos conforme al análisis de los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones procesales, y que también se trate de una misma acción, es decir, que el interés para obrar del titular sea el mismo.”
(Énfasis agregado)

94. De igual manera, en la Casación N° 29403-2019, Del Santa, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema señaló que la institución procesal de la cosa juzgada tiene por finalidad que no se vuelva a discutir una decisión de un órgano jurisdiccional, así como el deber de cumplir con el fallo. En este contexto, sostuvo que la cosa juzgada y la triple identidad entre el proceso con decisión firme y el proceso en trámite implican lo siguiente:

“4.2. La excepción de cosa juzgada se encuentra regulada en el artículo 446° inciso 8 del Código Procesal Civil, institución procesal que tiene como finalidad que no se pueda volver a discutir ante un órgano jurisdiccional una decisión dada por este, así como el deber de cumplir lo expresado en dicho fallo, lo que refleja su carácter de obligatoriedad. La excepción de cosa juzgada supone la existencia de dos procesos: un proceso que ha terminado con decisión firme y otro proceso en trámite.”

4.3. (...) La identidad de objeto está referida a que el beneficio jurídico que se reclama en el nuevo juicio es el mismo reclamado anteriormente. La identidad de causa de pedir implica el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio. El objeto es “lo que se pide”, la causa es el “por qué se pide”, vale decir el motivo legal que da vida al nuevo juicio; y, la identidad legal de personas significa que para que exista cosa juzgada deben, además, haberse ventilado esos juicios entre las mismas personas, física y jurídicamente consideradas. Esta excepción permite denunciar que el interés para obrar del demandante ya no existe, dado que lo hizo valer en el anterior proceso, en donde quedó totalmente agotado al haberse expedido un pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la controversia.”

(Énfasis agregado)

95. Atendiendo a todo lo expuesto, se puede concluir lo siguiente:

(...)

1.2.Principio del debido procedimiento.- (...)

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.”





- La cosa juzgada es un límite no solo para los órganos jurisdiccionales, sino también para la actuación de la Administración Pública, quien no puede pronunciarse sobre una controversia que ha sido resuelta mediante sentencia o laudo que haya adquirido la calidad de cosa juzgada.
- No obstante, para que la garantía de la cosa juzgada desprenda sus efectos, no basta con que exista una vinculación entre las materias o puntos controvertidos fijados en un procedimiento con el sustento de una decisión jurisdiccional adoptada en otro proceso, sino que deben tratarse de procesos idénticos, esto es, debe existir la triple identidad entre el proceso en trámite y el proceso concluido con decisión firme: (i) identidad de partes, lo que también implica que se trate del mismo demandante y demandado en ambos casos; (ii) identidad de petitorio; e, (iii) identidad de interés para obrar.
- La cosa juzgada material garantiza que no se vuelva a discutir ni emitir un nuevo pronunciamiento sobre lo decidido por un órgano jurisdiccional, debiéndose cumplir el fallo y los términos de su ejecución sin que su contenido sea modificado ni dejado sin efecto por otra autoridad. Considerando lo previamente señalado, lo decidido por un órgano jurisdiccional será determinado en función de las partes, el petitorio y el interés para obrar presente en el proceso fenecido, de modo que, si estos son idénticos a los presentes en el proceso en trámite, no se podrá continuar con este último a fin de evitar pronunciarse sobre la cosa juzgada, garantizando así la seguridad jurídica.

96. Considerando lo anterior, corresponde determinar si en el presente caso se presenta la identidad de procesos, a efectos de que la cosa juzgada surta sus efectos en este procedimiento.

3.2.3 Sobre la controversia tramitada en este procedimiento y la controversia resuelta en el proceso arbitral

97. Como se señaló anteriormente, AZTECA indicó que la controversia existente entre las partes en el presente procedimiento administrativo trilateral es distinta a la resuelta en el fuero arbitral, dado que las pretensiones formuladas por ambas partes en los respectivos procedimientos no son las mismas. TESUR, por su lado, sostuvo que la controversia versa sobre la misma materia discutida en el proceso arbitral seguido por TESUR contra AZTECA, considerando que el Tribunal Arbitral determinó en su análisis que la contraprestación fue pactada conforme con el marco normativo aplicable.

98. En tal sentido, se debe determinar si entre el presente procedimiento y el proceso tramitado y concluido por el Tribunal Arbitral existe la mencionada triple identidad.

(i) Identidad de partes

99. Con relación al requisito de la identidad de partes, en efecto, AZTECA y TESUR fueron y son partes tanto en el proceso arbitral como en este procedimiento administrativo. No obstante, la diferencia radica en que AZTECA es quien actúa como reclamante en este procedimiento administrativo, mientras que TESUR fue la demandante en el proceso arbitral, por lo que no se trata de la misma persona demandante y demandada en ambos casos.





(ii) Identidad de petitorio

100. Como se ha señalado previamente, el petitorio u objeto del procedimiento -y, por tanto, la decisión final- está delimitado en función de la pretensión o pretensiones formuladas en ambos procesos. En el presente caso, las pretensiones de la reclamante y la demandante en los respectivos procesos son las siguientes:

PETITORIO DE LA RECLAMACIÓN DE AZTECA ⁽⁴⁴⁾	PETITORIO DE LA DEMANDA ARBITRAL DE TESUR ⁽⁴⁵⁾
<p>Pretensión principal: Que se declare que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que TESUR podría exigir a AZTECA. Ello, toda vez que el monto pactado inicialmente fue calculado aplicando erróneamente la fórmula de la Metodología, puesto que se le atribuyó un valor de uno (1) al “Na” cuando dicha variable es igual a tres (3), como lo ha reconocido el Consejo Directivo a través de su Mandato.</p> <p>Pretensión accesoria: Que se ordene a TESUR la devolución de un monto ascendente a US\$ 1 011 277.82 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato. Ello, toda vez que obtener la devolución de todo lo pagado en exceso constituye un derecho de AZTECA, en tanto cualquier cobro por encima del máximo legal constituye una ganancia ilegal para TESUR, pues obedece a una vulneración del marco normativo imperativo.</p>	<p>Primera Pretensión: Que el Tribunal Arbitral ordene a AZTECA que cumpla con pagar la suma de US\$ 499 847.68 por concepto de contraprestación por el acceso y uso de infraestructura eléctrica correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2017 y el 28 de febrero de 2018, debiendo aplicar los intereses pactados en la Cláusula Quinta del Contrato.</p> <p>Segunda Pretensión: Que el Tribunal Arbitral declare que carece de sustento el requerimiento formulado por AZTECA mediante Carta N° DJ-565/18 remitida por TESUR el pasado 28 de marzo de 2018 mediante la cual dicha empresa exige el ajuste de los montos adeudados por concepto de contraprestación por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2017 y el 28 de febrero de 2018.</p> <p>Tercera Pretensión: Que el Tribunal Arbitral ordene a AZTECA para que cumpla con reembolsar a TESUR los gastos arbitrales generados en el presente proceso.</p>

101. Si bien en ambos casos existe un elemento en común (la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica), se advierte que no existe identidad de pretensiones.

102. Por un lado, AZTECA solicitó al OSIPTEL que declare que la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición supera el precio máximo legal que podía exigirle TESUR y, por tanto, solicita que se le devuelva el monto pagado en exceso (US\$ 1 011 277.82) desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición ⁽⁴⁶⁾. Por otro lado, TESUR solicitó que se ordene a AZTECA que cumpla con el pago de una determinada suma de dinero (US\$ 499 847.68) que tiene adeudada por concepto de contraprestación de acceso y uso de infraestructura eléctrica correspondiente al periodo de agosto de 2017 a febrero de 2018 y, además, que se declare “sin sustento” el requerimiento de

⁴⁴ Transcripción literal del petitorio de la reclamación de AZTECA (escrito N° 1 de fecha 16 de agosto de 2018, páginas 2 y 3).

⁴⁵ Transcripción literal del petitorio de la demanda arbitral de TESUR, el cual se encuentra en la página 9 del Laudo Final, remitido por TESUR mediante escrito de fecha 8 de enero de 2020.

⁴⁶ La suscripción del Contrato de Compartición fue en noviembre de 2015 y la emisión del Mandato de Compartición fue en febrero de 2018. No obstante, AZTECA planteó su solicitud de devolución considerando un periodo de facturación delimitado entre diciembre de 2015 y julio de 2017, aportando únicamente los documentos (facturas, constancias de pago, entre otros) que sustentan el pago efectuado en dicho periodo.





AZTECA de ajustar el monto adeudado por el mismo concepto correspondiente al mismo periodo.

103. Adicionalmente, cabe señalar que la causa de pedir o fundamento inmediato del pedido de AZTECA formulado en su reclamación se encuentra en el hecho de que, con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 ⁽⁴⁷⁾, el Informe N° 292-2017-MTC/26 que la sustenta y lo señalado por el Consejo Directivo en el Mandato de Compartición, AZTECA se percató que habría venido pagando una suma al menos tres (3) veces mayor a la contraprestación máxima exigible por acceso y uso de infraestructura eléctrica, como consecuencia de asignar al denominador “Na” un valor de uno (1) en lugar de tres (3), por lo que correspondería que TESUR devuelva lo pagado en exceso correspondiente a la facturación del periodo comprendido entre diciembre de 2015 a julio de 2017.
104. De otro lado, la causa de pedir o el fundamento inmediato del pedido de TESUR en el proceso arbitral se encuentra en el incumplimiento de una obligación contenida en el Contrato de Compartición por parte de AZTECA, en lo que respecta al pago de la contraprestación por el servicio de acceso y uso compartido de infraestructura prestado por TESUR en el periodo comprendido entre agosto de 2017 y febrero de 2018. Ello toda vez que, con la mencionada Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, AZTECA manifestó no encontrarse de acuerdo con la contraprestación exigida en dicho periodo, solicitando su ajuste, no solo respecto de los valores “m” y “f” de la fórmula metodológica, sino considerando un valor de tres (3) para el denominador “Na” pese a que las partes le habían asignado el valor de uno (1).
105. Al respecto, mediante su escrito del 18 de junio de 2021, TESUR en efecto afirmó que la *causa petendi* de su demanda arbitral fue el requerimiento de AZTECA, formulado mediante la Carta N° DJ-565/18, de ajustar o “regularizar” los montos adeudados por AZTECA por concepto de contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura.
106. En ese sentido, si bien se aprecian coincidencias en los fundamentos esbozados como sustento en ambos casos, la causa de pedir de AZTECA y TESUR en los respectivos procedimientos no son idénticas.
107. Cabe mencionar que el presente procedimiento seguido ante el OSIPTEL aún se encuentra en trámite, mientras que el proceso arbitral concluyó con la emisión del Laudo Final. En este último, el Tribunal Arbitral resolvió declarar fundada la primera pretensión de TESUR y, en consecuencia, ordenó a AZTECA pagarle la suma de US\$ 499,847.68 por concepto de contraprestación por el acceso y uso de infraestructura eléctrica correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2017 y el 28 de febrero de 2018, debiendo aplicar los intereses moratorios devengados conforme a lo establecido en el referido laudo.
108. Asimismo, dicho Tribunal Arbitral resolvió declarar fundada la segunda pretensión principal y, en consecuencia, infundado el requerimiento formulado por AZTECA a TESUR mediante Carta N° DJ-565/18, consistente en que se ajuste el importe adeudado por el mismo concepto en el mencionado periodo (entre el 1 de agosto de 2017 y el 28 de febrero de 2018).





109. Sobre este punto, en su absolución, TESUR afirmó que el hecho de haberse declarado fundada la segunda pretensión de su demanda arbitral, declarando “sin sustento” el requerimiento efectuado por AZTECA mediante Carta N° DJ-565/18, implica que el Laudo Final también ha resuelto que no corresponde regularizar ni devolver los pagos que se hayan efectuado de conformidad con lo pactado en el Contrato de Compartición, de modo que el Tribunal Arbitral ya se habría pronunciado sobre lo mismo que se discute en el procedimiento administrativo trilateral.
110. Para sustentar su afirmación, TESUR citó durante el informe oral, así como su escrito del 18 de junio de 2021, un extracto del requerimiento -desestimado por el Tribunal Arbitral- contenido en la Carta N° DJ-565/18, remitida por AZTECA a TESUR el 28 de marzo de 2018, es decir, previo a la interposición de la demanda arbitral. En este se indica que el requerimiento de ajuste busca que ambas partes apliquen *“de manera correcta la Metodología que rige desde el inicio de la vigencia del Contrato, de manera que los valores de las contraprestaciones pagadas desde el mes de diciembre de 2015 hasta el mes de julio de 2017 (...) se ajusten al valor máximo legal permitidos por la normatividad que regula la relación de compartición”* (48) que mantienen vigente desde dicha fecha.
111. En tal sentido, TESUR sostuvo que, dado que el requerimiento efectuado por AZTECA mediante la citada carta buscaba la aplicación correcta de la Metodología en un periodo que abarca el inicio de la vigencia del Contrato de Compartición hasta julio de 2017 -que coincidiría con el periodo materia de reclamación-, ello implicaría que el Tribunal Arbitral habría declarado “sin sustento” el requerimiento de ajuste de pagos ya efectuados durante dicho periodo, implicando a su vez que no corresponde devolver los pagos que se hayan efectuado desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta marzo de 2018, por lo que el Tribunal Arbitral ya se habría pronunciado sobre la pretensión accesoria contenida en la reclamación de AZTECA.
112. No obstante, sin perjuicio del texto de la citada carta, lo cierto es que TESUR planteó la segunda pretensión de su demanda arbitral delimitando el requerimiento, efectuado mediante Carta N° DJ-565/18, de ajustar los montos adeudados en el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2017 y el 28 de febrero de 2018. Es decir, independientemente de todo el contenido de la carta, TESUR cuestionó únicamente el extremo en el que AZTECA solicitó el ajuste por concepto de contraprestación periódica correspondiente al mencionado periodo -y no al periodo que abarca desde el inicio de la vigencia del Contrato de Compartición hasta julio de 2017-, tal como se muestra a continuación:

“Que el Tribunal Arbitral declare que carece de sustento el requerimiento formulado por AZTECA mediante Carta N° DJ-565/18 remitida por TESUR el pasado 28 de marzo de 2018 mediante la cual dicha empresa exige el ajuste de los montos adeudados por concepto de contraprestación por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2017 y el 28 de febrero de 2018.” (Énfasis agregado).

113. Siendo así, se debe considerar que, en función al principio de congruencia, ninguna autoridad jurisdiccional o administrativa puede pronunciarse sobre aquello que no fue solicitado en el petitorio. Al respecto, este principio se encuentra recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece que *“El*



48 Carta N° DJ-565/18 de fecha 28 de marzo de 2018, remitida por AZTECA a TESUR. Esta carta fue presentada por TESUR mediante su escrito N° 2 de fecha 4 de octubre de 2018.



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". Este principio resulta, entonces, un límite a la discrecionalidad del juzgador y tiene relación directa con el principio del debido proceso y de los derechos que lo conforman (derecho de defensa, el derecho de contradicción y derecho a la debida motivación).

114. En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral resolvió la segunda pretensión de la demanda arbitral de TESUR en los términos en que esta fue planteada, es decir, delimitando el objeto de la demanda al periodo comprendido entre agosto de 2017 y febrero de 2018, y sin hacer mención a alguna solicitud de devolución de un monto dinerario pagado en exceso, como se muestra a continuación:

"SEGUNDO: Declarar FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda arbitral de TRANSMISORA ELÉCTRICA DEL SUR S.A.C.; en consecuencia, INFUNDADO EL requerimiento formulado por AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. mediante Carta N° DJ-565/18, remitida a TRANSMISORA ELÉCTRICA DEL SUR S.A.C. el 28 de marzo de 2018 (mediante el cual AZTECA exige el ajuste de los montos adeudados por concepto de contraprestación por el periodo comprendido entre agosto de 2017 y febrero de 2018).” (Énfasis agregado)

115. De esta manera, no es posible asumir que los alcances de la desestimación del requerimiento de AZTECA, formulado mediante la Carta N° DJ-565/18, abarca un periodo mayor al expresamente establecido en la segunda pretensión de la demanda arbitral de TESUR (agosto de 2017 a febrero de 2018), ni que el objeto del pronunciamiento del Tribunal Arbitral en este extremo coincide con el objeto de la pretensión accesoria a la pretensión principal contenida en la reclamación de AZTECA, mediante la cual solicita la devolución de lo presuntamente pagado en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición (delimitado al periodo entre diciembre de 2015 a julio de 2017).
116. Asimismo, contrario a lo señalado por TESUR en su escrito de fecha 18 de junio de 2016, si bien se puede afirmar que el requerimiento de la Carta N° DJ-565/18 de ajustar o “regularizar” los montos adeudados por AZTECA por concepto de contraprestación periódica fue lo que llevó a TESUR a plantear la segunda pretensión de su demanda arbitral, de ello no se desprende que la *causa petendi* en ambos casos sea idéntica -atendiendo a lo previamente señalado- ni que en el Laudo Final se haya desestimado la solicitud de AZTECA de que se le devuelva el monto pagado en exceso en el periodo comprendido entre diciembre de 2015 a julio de 2017, cuando ello no fue solicitado en la demanda arbitral ni ha sido señalado por el Tribunal Arbitral.
117. Además -siendo lo más relevante para el análisis del presente caso- tampoco es posible afirmar que existe identidad de pretensiones entre el proceso arbitral y el presente procedimiento administrativo trilateral, ni que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre la segunda pretensión de la demanda arbitral de TESUR implique que en el proceso arbitral se haya resuelto la misma controversia materia del procedimiento administrativo en trámite, más aún, como se ha señalado, cuando no existe pronunciamiento ni referencia alguna en el análisis o decisión del Laudo Final a una solicitud de devolución de lo pagado en exceso por concepto de contraprestación periódica durante un periodo previo al demandado.





(iii) Identidad de interés para obrar

118. Con relación al tercer requisito, para determinar si existe identidad de interés para obrar, se debe analizar la utilidad que el proceso puede proveer a la necesidad de tutela invocada por el actor, de modo que pueda entenderse que el resultado del proceso producirá un cambio en su esfera jurídica y, por tanto, que le será útil ⁽⁴⁹⁾.
119. Ello se debe a que AZTECA, como accionante en el procedimiento administrativo trilateral, buscaría que se reconozca su derecho a la devolución de lo pagado en exceso por contraprestación periódica de acceso y uso de infraestructura eléctrica entre el periodo delimitado entre diciembre de 2015 y julio de 2017 ⁽⁵⁰⁾ y, por ende, que TESUR cumpla con devolver dicho importe.
120. Por otro lado, TESUR, como accionante en el proceso arbitral, buscó que se reconozcan sus derechos como acreedor frente a AZTECA y, por ende, que este cumpla con su obligación de pago de la contraprestación periódica pactada correspondiente a un periodo distinto, esto es, entre agosto de 2017 y febrero de 2018. Por tanto, más allá de que exista una misma relación jurídica entre ambas partes en virtud de un mismo contrato, no se observa un mismo interés para obrar en ambos casos.
121. De acuerdo con lo anterior, se ha verificado que no se presenta la triple identidad entre este procedimiento administrativo en trámite y el proceso arbitral seguido ante el Tribunal Arbitral.
122. Se tratan, pues, de dos controversias diferentes presentadas ante fueros distintos, siendo que ante el Tribunal Arbitral se solicitó que se declare la existencia de una obligación de pago de una determinada suma de dinero a cargo de AZTECA en favor de TESUR; mientras que ante el CCO se solicitó que se declare que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede el máximo legal y, por tanto, la existencia de una obligación de devolver un monto dinerario distinto a cargo de TESUR en favor de AZTECA.
123. En tal sentido, de lo expuesto en esta sección, se aprecia que no existe identidad de demandante y demandado en ambos casos, ni identidad de interés para obrar y los petitorios difieren con relación a la obligación cuyo reconocimiento se solicita a la autoridad, a las empresas que asumirían la respectiva obligación, así como en la cuantía y la temporalidad de la pretensión.
124. En consecuencia, este Tribunal difiere del criterio expuesto por el CCO y por TESUR, toda vez que no es posible concluir que en ambos casos se resolvió la misma controversia ni que la materia controvertida en este procedimiento seguido ante el OSIPTEL es cosa juzgada por haber sido resuelta por el Tribunal Arbitral en otro proceso, sino que, por el contrario, son controversias diferentes, por más de que ambas deriven de una misma relación contractual.

⁴⁹ AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. "El interés para obrar". Revista Themis, N° 58 (2010), pág. 64.

⁵⁰ Como se ha señalado, en su escrito de reclamación, AZTECA solicitó como pretensión accesoria a la pretensión principal la devolución de un importe ascendente a US\$ 1'011,277.82 que correspondería al monto pagado en exceso por concepto de contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición. No obstante, AZTECA efectuó el cálculo del monto de devolución en base a facturas que corresponden únicamente al periodo entre diciembre de 2015 y julio de 2017, como se muestra en el cuadro del fundamento 4.2. de dicho escrito, delimitando su pretensión accesoria a dicho periodo.





3.2.4 Sobre la presunta vulneración al derecho a la cosa juzgada, a la plena efectividad de las decisiones jurisdiccionales y el deber del OSIPTEL de no interferir en su ejecución

125. TESUR indicó que la Resolución Judicial confirmó la validez del Laudo Parcial mediante el cual el Tribunal Arbitral se declaró competente para pronunciarse sobre la normativa que regula el Contrato de Participación, sin haber limitado su competencia a “aspectos contractuales” de la controversia, por lo que cualquier pronunciamiento administrativo que aborde dicha materia sería nulo, por vulnerar el derecho de TESUR a la plena efectividad de las decisiones jurisdiccionales, así como su derecho a la cosa juzgada.
126. También señaló que, si el OSIPTEL se pronuncia en sentido distinto al Tribunal Arbitral y ordena alguna actuación que contravenga el Laudo Final, se le estaría privando de todo efecto real, que es cosa juzgada. En este contexto, indicó que el OSIPTEL, como autoridad administrativa, tiene el deber legal y constitucional de no interferir en la ejecución de sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales.
127. Al respecto, en la sección anterior ya se verificó que no existe cosa juzgada con relación a la materia controvertida en el presente caso, toda vez que no existe la triple identidad entre el proceso arbitral y el procedimiento administrativo trilateral en trámite requerida para su configuración. Siendo así, no es posible afirmar que la continuación del procedimiento administrativo en trámite vulneraría el derecho a la cosa juzgada de TESUR, ni que un eventual pronunciamiento del OSIPTEL que resuelva de manera definitiva la controversia presentada ante este fuero administrativo dejaría sin efecto el Laudo Final o interferiría con su ejecución. En ese sentido, corresponde desestimar los referidos argumentos presentados por TESUR.
128. De igual manera, tampoco es posible afirmar que el ejercicio de las competencias atribuidas por ley al OSIPTEL contraviene el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución ⁽⁵¹⁾, el artículo 4 del TUO de la LOPJ ⁽⁵²⁾, el artículo 215 del TUO de la LPAG ⁽⁵³⁾ o el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Arbitraje, ni puede interpretarse que estas disposiciones alegadas por el CCO y por TESUR representan un mandato legal para que el OSIPTEL se abstenga de ejercerlas.

51 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
“Artículo 139.- Principios de la función jurisdiccional

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. *La independencia en el ejercicio jurisdiccional:*

Ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución.”

52 **DECRETO SUPREMO N° 017-93-JUS – LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL**

“Artículo 4.- (...) *Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.”*

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

“Artículo 215.- Irrevisabilidad de actos judicialmente confirmados

No serán en ningún caso revisables en sede administrativa los actos que hayan sido objeto de confirmación por sentencia judicial firme.”





129. Asimismo, durante el informe oral, TESUR hizo referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, en la que se señala que *“por el principio de ‘no interferencia’ (...) ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones”*. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional desarrolló el principio *Kompetenz-Kompetenz*, que implica que el Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia.
130. Al respecto, este Tribunal ha señalado en un pronunciamiento anterior emitido en el marco de este procedimiento ⁽⁵⁴⁾ que, para efectos de las controversias que evalúa el OSIPTEL en vía administrativa, previa y obligatoria ⁽⁵⁵⁾, debe observarse que la aplicación de dicho principio presupone que la materia en discusión sea arbitrable, escenario que no se verificó en el presente caso, y como se ha comprobado, es distinto al evaluado en el proceso arbitral. No se trata, entonces, de afectar el referido principio, sino de ejercer la facultad atribuida directamente por ley a los órganos de solución de controversias del OSIPTEL.
131. Asimismo, se debe precisar que, tal como señala TESUR, mediante el Laudo Parcial, el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer la controversia que se presentó ante su fuero -que como se ha señalado no es la misma controversia que se discute en el presente procedimiento administrativo-, indicando que es *“jurídicamente viable que el Tribunal Arbitral pueda ingresar a analizar el Contrato, la normativa que lo regula y complementa, entre otros (...)”*, en base a lo cual analizó la legalidad del Contrato de Compartición.
132. En efecto, es innegable que para la evaluación de una determinada controversia en el marco de una relación jurídica contractual la autoridad jurisdiccional puede recurrir al análisis e interpretación de los términos del contrato y del marco normativo aplicable, que bien podrían ser los mismos que requieren ser analizados en el marco de otro proceso para la resolución de una controversia distinta. Sin embargo, ello no implica que las apreciaciones, argumentos o interpretaciones que dicha autoridad desarrolle para tomar una decisión en aquel proceso en concreto sean vinculantes u oponibles a otra autoridad para la solución de la controversia en un procedimiento distinto como el presente, considerando también que se tratan de autoridades que ejercen sus competencias de manera autónoma e independiente.
133. Asimismo, se debe tener en cuenta, que, como ha expuesto en el acápite 3.1 de la presente resolución, la determinación de la contraprestación máxima por acceso y uso compartido de infraestructura pactada en un contrato de compartición, según la norma imperativa, es de competencia exclusiva e irrenunciable del OSIPTEL.
134. Sin perjuicio de ello, si bien el Tribunal Arbitral efectuó un análisis sobre el valor del denominador “Na” y la legalidad de la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición como parte de su fundamentación para resolver la controversia sometida a su fuero, ello lo realizó a fin de resolver una controversia distinta a la que se discute en sede administrativa, por lo que los argumentos del referido análisis no son vinculantes para el OSIPTEL, al no tratarse de procesos idénticos

⁵⁴ Resolución N° 013-2019-TSC-OSIPTEL de fecha 16 de julio de 2019.

⁵⁵ **DECRETO SUPREMO N° 008-2001-PCM, REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL**

“Artículo 55.- Vía administrativa previa

La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSIPTEL, de acuerdo con las reglas establecidas en el presente Reglamento.”





en virtud de lo cual resulte aplicable a este procedimiento la institución procesal y garantía de la cosa juzgada.

135. De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal considera que, de continuarse con el procedimiento, no existiría vulneración al derecho de TESUR a la plena efectividad de las decisiones jurisdiccionales, ni a su derecho a la cosa juzgada ni el OSIPTEL estaría interfiriendo con la ejecución de una decisión emitida por un órgano jurisdiccional; sino, por el contrario, está ejerciendo sus competencias otorgadas por ley ⁽⁵⁶⁾ para la solución de controversias de acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación del servicio público de telecomunicaciones. En ese sentido, corresponde desestimar el argumento planteado por TESUR.

3.3 Sobre la decisión del CCO de concluir el procedimiento sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia

136. En la Resolución Impugnada, el CCO señaló que al haber tomado conocimiento de que la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima ha validado el Laudo Final, se produjo la sustracción de la materia, puesto que habría sido resuelta de manera definitiva en sede jurisdiccional arbitral la controversia surgida entre las partes.
137. Sobre el particular, ya se ha verificado en el acápite anterior que la controversia surgida entre las partes en este procedimiento no es la misma que aquella resuelta por el Tribunal Arbitral, por lo que no es posible afirmar que la controversia ha sido resuelta de manera definitiva en sede jurisdiccional. En consecuencia, dado que la premisa de la decisión del CCO ha sido desvirtuada, no corresponde declarar la conclusión del procedimiento por sustracción de la materia.
138. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que, en el supuesto negado que se hubiera presentado la figura de la cosa juzgada, su efecto no es la sustracción de la materia, sino anular todo lo actuado y concluir el proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 451 del Código Procesal Civil ⁽⁵⁷⁾. Por otro lado, la sustracción de la

56 DECRETO SUPREMO N° 008-2001-PCM - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL

“Artículo 53.- Controversias entre Empresas

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes *controversias entre empresas:*
(...)

f) ***Las relacionadas con el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.***”

RESOLUCIÓN N° 136-2011-CD-OSIPTEL - REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS

“Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL

El OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:

(...)

f. ***El acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.***

Asimismo, el OSIPTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.”

(Énfasis agregado)

57 CÓDIGO PROCESAL CIVIL

“Efectos de las excepciones.-





materia es un supuesto distinto de conclusión del proceso contemplado en el inciso 1 del artículo 321 del Código Procesal Civil ⁽⁵⁸⁾, el cual establece que se concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional. Siendo así, ambas instituciones procesales se aplican de manera autónoma, toda vez que, en caso de ser estimadas, tienen por sí mismas el efecto de dar por concluido el proceso.

139. Considerando que la Resolución Impugnada resolvió declarar la conclusión del procedimiento sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia, este Tribunal considera pertinente evaluar si se ha producido algún supuesto de sustracción de la materia en el presente caso.
140. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado en su jurisprudencia los casos en que se produce la sustracción de la materia, señalando lo siguiente:

“Que, el supuesto normativo previsto en el artículo 321 inciso 1 del Código Procesal Civil referente a la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia resulta de aplicación a los casos en que la pretensión es satisfecha fuera del ámbito jurisdiccional por extinción del objeto litigioso lo cual importa que la pretensión demandada ya no puede ser debatida ni controvertida en el ámbito jurisdiccional al haber dejado de ser justiciable es decir no se analiza la titularidad del sujeto activo o pasivo de la relación jurídica procesal sino la viabilidad de la pretensión (...).” ⁽⁵⁹⁾

“5.2. Al respecto, debe precisarse que en el numeral 1 del artículo 321 del Código Procesal Civil se determina que concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional. Así, se entiende por ‘sustracción de la materia’ cuando la materia que involucra a las partes deja de ser litigiosa por alguna razón ajena al proceso y a ellas mismas, pudiendo darse también cuando lo que se peticiona judicialmente a la parte demandada es satisfecha de modo completo antes de que se dicte sentencia firme en el proceso.” ⁽⁶⁰⁾

(Énfasis agregado)

141. La doctrina procesal también ha señalado que se presenta la sustracción de la materia en un proceso pendiente *“cuando por hechos sobrevenidos al planteamiento de la demanda (en rigor, a la notificación de la demanda) el actor obtiene extraprocesalmente lo que pretendía o cuando lo que pretendía ha*

Artículo 451.- Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el Artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes:

(...)

5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral.”

(Énfasis agregado)

58 **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

“Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo.-

Artículo 321.- Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando:

1. *Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional;”*

59 Casación N° 4935-2013 Tumbes, fundamento décimo.

60 Casación N° 423-2020 Lima, fundamento quinto.





devenido ya imposible de obtener” ⁽⁶¹⁾. Así también, se ha reconocido la relación existente entre el interés para obrar del actor y la sustracción de la materia controvertida, siendo que esta se produce cuando el interés para obrar, como elemento intrínseco de la pretensión, desaparece antes de concluido el proceso porque esta última ha sido satisfecha fuera del ámbito jurisdiccional ⁽⁶²⁾.

142. A modo de ejemplo, algunos supuestos de sustracción de la materia son los siguientes: (i) cuando surge la imposibilidad del actor de obtener el objeto de su pretensión, como consecuencia de su destrucción; (ii) cuando se modifica la ley reguladora del caso, haciendo que la situación ya no sea tutelable; (iii) cuando se da una transacción extrajudicial sobre el mismo objeto de la controversia; (iv) cuando el demandado cumple con la prestación cuyo incumplimiento se demandó; entre otros ⁽⁶³⁾.
143. En este sentido, se puede afirmar que la sustracción de la materia se produce (i) cuando la materia u objeto litigioso desaparece o deja de ser tal, generando que lo pretendido sea imposible de obtener; o, (ii) cuando el actor ha logrado extraprocesalmente la satisfacción de sus pretensiones. En estos casos, desaparece el interés para obrar del actor y, en consecuencia, el proceso deviene en innecesario.
144. En el caso concreto, el objeto litigioso en este procedimiento no ha desaparecido, considerando que aún existe un marco normativo aplicable para determinar la contraprestación máxima por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica y que se mantiene la situación en que AZTECA ha efectuado un pago de un determinado importe correspondiente al periodo comprendido entre diciembre de 2015 y julio de 2017, respecto del cual considera que corresponde la devolución de un pago en exceso ascendente a US\$ 1'011,277.82.
145. Asimismo, AZTECA no ha obtenido la satisfacción extraprocesal de sus pretensiones, pues su contraparte no ha reconocido que la contraprestación pactada excede el máximo legal que podía exigirle ni le ha devuelto el monto solicitado que, según AZTECA, correspondería a lo pagado en exceso en el periodo

⁶¹ ARIANO DEHO, Eugenia. “Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa”. Revista de Derecho Administrativo, N° 11 (2012). Pág. 146.

⁶² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2008. Págs. 1097-1098. Se señala lo siguiente:

“(…) Toda pretensión al ser postulada al proceso encierra una declaración de voluntad para solicitar una actuación al órgano jurisdiccional frente a determinada persona distinta al accionante. Esta pretensión tiene elementos intrínsecos que justifican esa postulación como el llamado interés para obrar, pero puede darse el caso que ese interés desaparezca antes que el derecho haga su obra porque la pretensión ha sido satisfecha fuera del ámbito jurisdiccional. Podemos citar el caso del ocupante que desocupa el predio -entrega las llaves al juzgado o al directamente accionante- tan luego toma conocimiento de la demanda que contiene la pretensión judicial de desalojo; o el caso de una deuda que es cancelada, tan luego conoce de la demanda. También concurre a la sustracción si durante el trámite del divorcio, falle el cónyuge; cuando se solicita la anulabilidad de un contrato y las partes durante el proceso la convalidan; en el proceso contencioso, la Administración revoca el acto impugnado. En todos los casos citados nos encontramos con una constante, la extinción del objeto litigioso por sustracción de la materia. La doctrina alemana los califica de “obsolescencia procesal” cuando ha cesado la situación cuya modificación se pide.”
(Énfasis agregado)

⁶³ ARIANO DEHO, Eugenia. “Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa”. Revista de Derecho Administrativo, N° 11 (2012). Págs. 145-146.





previamente mencionado, siendo precisamente la devolución del monto indicado en el párrafo anterior lo que responde al interés para obrar de AZTECA en este procedimiento.

146. Adicionalmente, resulta pertinente resaltar que las pretensiones y el interés para obrar en ambos procedimientos son distintos. Si bien el Tribunal Arbitral efectuó un análisis del valor del denominador “Na” para atender las pretensiones de TESUR y resolver la controversia sometida a su conocimiento –sin perjuicio de que, como se ha señalado, un análisis sobre la determinación de la contraprestación en aplicación de la fórmula de la Metodología es de competencia exclusiva e irrenunciable del OSIPTEL-, la decisión del Laudo Final no satisface las pretensiones contenidas en la reclamación de AZTECA y, en particular, ni siquiera en el sustento de dicha decisión se discute o se hace referencia alguna a la devolución solicitada por AZTECA por las contraprestaciones pagadas correspondientes al periodo reclamado, de modo que su interés para obrar no ha desaparecido ni este procedimiento ha devenido en innecesario.
147. Atendiendo a todo lo expuesto, este Tribunal considera que no se ha producido la sustracción de la materia ni se ha presentado algún otro supuesto por el cual amerite dar por concluido este procedimiento administrativo trilateral.
148. Por tanto, corresponde declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por AZTECA y, en consecuencia, revocar la Resolución Impugnada, que resolvió declarar concluido el procedimiento administrativo sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia. Asimismo, corresponde ordenar la continuación del procedimiento administrativo trilateral, a fin de que el CCO se pronuncie sobre el fondo de la reclamación.
149. Al respecto, este Tribunal considera pertinente señalar que, 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 retribución máxima que le correspondía pagar, resulta necesario previamente verificar la contraprestación máxima que le correspondía pagar por dicho concepto durante el periodo reclamado.
150. Siendo así, tal como lo ha señalado este Tribunal en anteriores pronunciamientos (⁶⁴), es necesario considerar todos los componentes de la fórmula prevista en la Metodología. Es decir, la correcta determinación de la contraprestación amerita, no solo otorgar al denominador “Na” un valor igual a tres (3), sino también reemplazar los valores de las demás variables aplicables para la infraestructura compartida por TESUR en la mencionada fórmula metodológica.

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar FUNDADO el recurso de apelación interpuesto por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc N° 034-2021-CCO/OSIPTEL y, en consecuencia, REVOCAR la decisión de declarar concluido el presente procedimiento administrativo sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.



⁶⁴ Resolución N° 0008-2021-TSC/OSIPTEL, Resolución N° 0009-2021-TSC/OSIPTEL, Resolución N° 0010-2021-TSC/OSIPTEL, Resolución N° 0011-2021-TSC/OSIPTEL, Resolución N° 0014-2021-TSC/OSIPTEL, entre otras.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

SEGUNDO: ORDENAR la continuación del presente procedimiento administrativo trilateral, a efectos de emitirse pronunciamiento sobre la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., conforme al Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. -

Con el voto favorable de los señores vocales en la Sesión N° 516 de fecha 25 de junio de 2021: Eduardo Robert Melgar Córdova, María Tessy Torres Sánchez y Milagritos Pilar Pastor Paredes.

EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 1649M1R)88y5