



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 004-2018-CCO-ST/CI

RECLAMANTE : Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.

RECLAMADA : Consorcio Energético de Huancavelica S.A.

MATERIA : Acceso y uso compartido de
infraestructura eléctrica

PROCEDENCIA : Cuerpo Colegiado Ad Hoc

***SUMILLA:** Se REVOCA la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 014-2019-CCO/OSIPTEL, emitida por Cuerpo Colegiado Ad Hoc, mediante la cual declaró infundada la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Consorcio Energético de Huancavelica S.A. y, reformándola, se declara FUNDADA la pretensión principal y FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria.*

Asimismo, se ORDENA a Consorcio Energético de Huancavelica S.A. la devolución del importe ascendente a la suma de US\$ 286 772.87, correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación.

Finalmente, se ENCARGA a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias la remisión de la presente resolución a la Gerencia de Fiscalización y Sanción del OSIPTEL y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Lima, 28 de octubre de 2019

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI (Cuaderno Principal).
- (ii) El recurso de apelación del 23 de mayo de 2019, interpuesto por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra la Resolución N° 014-2019-CCO/OSIPTEL del 29 de abril de 2019, (en adelante, Resolución Impugnada), emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc¹ (en adelante, el CCO).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito de fecha 23 de julio de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra Consorcio Energético Huancavelica S.A. (en adelante, CONENHUA), manifestando que existe una controversia en el marco de la Contrato de Acceso y

¹ El Cuerpo Colegiado Ad Hoc fue constituido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 170-2018-CD/OSIPTEL del 2 de agosto de 2018.

Uso de Infraestructura Eléctrica (en adelante, Contrato de Compartición²), debido a que desde el inicio de la relación contractual se le habría exigido el pago de una contraprestación al menos tres (3) veces superior a la máxima que puede cobrarse conforme a la Ley N° 29004, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha) y a su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, el Reglamento).

2. Las pretensiones de la reclamación de AZTECA fueron las siguientes:

- (i) Pretensión principal. - Se declare que la contraprestación fijada en la cláusula cuarta de Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que CONENHUA podía exigir a AZTECA, en tanto se habría aplicado erróneamente la fórmula de la "Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos", contenida en el Anexo 1 del Reglamento (en adelante, la Metodología). AZTECA sostiene que el monto pactado inicialmente fue calculado sobre la base de una aplicación errónea de la referida fórmula, puesto que se atribuyó al denominador "Na" un valor igual a uno (1), cuando debió tener un valor igual a tres (3).
- (ii) Pretensión accesoria³. - Se ordene a CONENHUA la devolución de un monto ascendente a US\$ 319 306.62, que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica, desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del mandato de compartición entre ambas empresas, aprobado por el Consejo Directivo de OSIPTEL mediante Resolución N° 048-2018-CD/OSIPTEL del 22 de febrero de 2018 (en adelante, el Mandato de Compartición) o, en su defecto, se ordene que este monto se compense con los montos de las facturas que emitirá CONENHUA a AZTECA en el futuro por el uso compartido de la infraestructura.

3. Los argumentos de sustento de la reclamación de AZTECA fueron los siguientes:

Sobre el precio máximo para el pago de la contraprestación periódica

- (i) Conforme al Reglamento, el operador de servicios de banda ancha que acceda y use la infraestructura eléctrica debe remunerar periódicamente a su titular la suma resultante de aplicar correctamente la fórmula prevista en la Metodología. Las partes no pueden pactar la contraprestación periódica por encima del tope regulatorio existente.
- (ii) El Informe N° 292-2017-MTC/26 del 4 de agosto de 2017 (que sirvió de sustento para la modificación de los valores "f" y "m" de la fórmula de la Metodología, aprobada por Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03), desarrolló el razonamiento económico de la fórmula contenida en la Metodología para determinar la contraprestación periódica, evidenciándose que el valor del denominador "Na" siempre fue igual a tres (3), con independencia del número efectivo de arrendatarios. De acuerdo a ello,

² El Contrato de Compartición fue celebrado el 12 de marzo de 2015.

³ Mediante Resolución N° 005-2018-CCO/OSIPTEL del 16 de octubre de 2018, se acogió la solicitud de AZTECA, presentada el 9 de octubre de 2018, a fin de corregir y precisar los alcances de su pretensión accesoria.

AZTECA advirtió que estaba efectuando pagos por concepto de contraprestación periódica por encima del precio máximo.

- (iii) AZTECA solicitó a CONENHUA la adecuación de las contraprestaciones periódicas previstas en el Contrato de Compartición con la finalidad de no exceder el precio máximo que se determina en aplicación correcta de la fórmula contenida en la Metodología; sin embargo, CONENHUA no manifestó interés en que la retribución sea revisada y ajustada. Por ello, AZTECA solicitó al Consejo Directivo del OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición con la finalidad de modificar la contraprestación fijada inicialmente en el Contrato de Compartición a efectos de respetar el precio máximo exigible conforme a la Metodología, lo que implicaba esclarecer que el denominador "Na" de la fórmula era equivalente a tres (3).
- (iv) El Mandato de Compartición modificó la contraprestación prevista en el Contrato de Compartición y se precisó la forma correcta de aplicación de la Metodología para determinar la contraprestación periódica, señalando que el valor del denominador "Na" era igual a tres (3). Teniendo en cuenta los alcances del Mandato de Compartición, AZTECA estuvo pagando una suma al menos tres (3) veces mayor a la contraprestación periódica máxima exigible por el uso de infraestructura eléctrica, por lo que se justifica la devolución de lo pagado en exceso.
- (v) La normativa reconoce que el uso compartido de la infraestructura se encuentra sujeto al pago de contraprestaciones periódicas por parte del operador de telecomunicaciones, que incluye un margen de utilidad razonable. Esta contraprestación tiene un tope máximo legal, que no es negociable ni renunciable. Por tanto, no basta que el Contrato de Compartición indique que la contraprestación se determina de acuerdo a la Metodología, sino que es necesario que la aplicación efectiva de la fórmula tenga como resultado un monto que no exceda el precio máximo.
- (vi) Tanto AZTECA como el Consejo Directivo del OSIPTEL han advertido que CONENHUA se encuentra exigiendo una contraprestación periódica que excede el precio máximo regulado en el ordenamiento jurídico, debido a una incorrecta aplicación de la fórmula metodológica.
- (vii) La Metodología estuvo vigente desde la emisión del Reglamento y, con ello, desde la suscripción del Contrato de Compartición. Durante la vigencia del Contrato de Compartición, la Metodología solo fue modificada mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 respecto a las variables "f" y "m"; sin embargo, no sufrió modificaciones respecto a los demás valores, como el denominador "Na". Por tanto, conforme ha sido reconocido por el Consejo Directivo del OSIPTEL y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), el valor del denominador "Na" es igual a tres (3).
- (viii) La fórmula contenida en la Metodología tiene entre sus variables el factor "B", que representa la distribución de costos entre los arrendatarios, que es producto de la división "1/Na", donde el denominador "Na" representa el número de arrendatarios. Si bien la fórmula no precisa expresamente qué debe entenderse por "número de arrendatarios", el razonamiento económico de la fórmula, que es objetivo y demostrable, conforme se concluyó en el Mandato de Compartición, permite concluir que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3).

- (ix) Cuando el MTC estableció la fórmula metodológica asumió que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), debido a que tuvo como punto de partida la existencia de tres (3) cables de telecomunicaciones, conforme ha sido desarrollado en el sustento del Mandato de Compartición.
- (x) El Informe N° 292-2017-MTC/26 señala que para determinar el costo incremental que se debe pagar por el uso compartido de infraestructura, asume que la capacidad máxima que soporta una infraestructura eléctrica equivale a tres (3) cables de fibra óptica. El MTC estimó que el peso de tres (3) cables por el uso de la infraestructura que harían tres (3) arrendatarios tendría un impacto de 18.3% (valor del factor "f") sobre el costo de operación y mantenimiento de la torre o poste. De este modo, considerado que la Metodología fue formulada sobre la premisa de la existencia de tres (3) cables de fibra óptica, el denominador "Na" debe ser necesariamente igual a tres (3).
- (xi) Esta explicación encuentra sustento en el Informe N° 251-2013-MTC/26 del 17 de octubre de 2013, que sustentó técnica y normativamente la propuesta de texto del Reglamento. En dicho documento se advierte que se asumió que en promedio toda la infraestructura eléctrica que podía ser compartida podía alojar tres (3) cables de fibra óptica. Si bien se asumió que existen diversos factores que podrían tener un impacto en la capacidad real de compartición, para efectos de la regulación tarifaria, tenía que considerarse un número fijo.
- (xii) La aplicación de la Metodología y la determinación del denominador "Na" por el Consejo Directivo del OSIPTEL ha sido fundamentado en la normativa vigente, que es aplicable al Contrato de Compartición desde su suscripción. El Consejo Directivo del OSIPTEL consideró que el valor de "Na" igual a tres (3) también resulta eficiente, puesto que con ese valor cada arrendatario paga exclusivamente por el costo incremental que genera a la empresa eléctrica. Por tanto, un valor distinto a tres (3) determinaría que AZTECA asuma costos que el apoyo de su cable no genera y que CONENHUA se beneficie con una retribución que excede el costo incremental del arrendamiento de su infraestructura.
- (xiii) La aplicación de la fórmula de la Metodología busca que la contraprestación por el uso de infraestructura que debe ser abonada por el arrendatario represente solo los costos de operación y mantenimiento adicionales que genere soportar un cable de fibra óptica. En este escenario, AZTECA no debe pagar por el desgaste que ocasiona el peso de tres (3) cables de fibra óptica, porque únicamente tiene un apoyo en la infraestructura de CONENHUA.
- (xiv) Mediante Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, el MTC ha reconocido que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), con independencia del número efectivo de arrendatarios de infraestructura.

Sobre la devolución de lo pagado en exceso

- (xv) La sola declaración de ilegalidad de la contraprestación no pondrá fin a la controversia que AZTECA y CONENHUA mantienen, sino que es necesario que se ordene la devolución de lo pagado en exceso.
- (xvi) Considerando los valores correctos de las variables de la Metodología, señalados por el Consejo Directivo del OSIPTEL, para determinar la contraprestación correcta por el uso compartido de infraestructura, se puede

observar que, como máximo, CONENHUA podía exigir una contraprestación al menos tres (3) veces menor a la que efectivamente solicitó pagar a AZTECA a través de las facturas que remitió. De acuerdo a esta información, desde el inicio de la relación de compartición (12 de marzo de 2015) hasta la emisión del Mandato de Compartición (22 de febrero de 2018), AZTECA abonó un monto total de US\$ 376 732.42, cuando legalmente CONENHUA solo podía exigir un monto máximo de US\$ 57 425.80, lo que permite advertir que se pagó en exceso un monto ascendente a US\$ 319 306.62.

4. Mediante Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL del 8 de agosto de 2018, el CCO admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra CONENHUA.
5. El 7 de setiembre de 2018, CONENHUA contestó la reclamación solicitando que sea declarada improcedente. Sostuvo que el Contrato de Compartición contiene las reglas que rigen la relación contractual con AZTECA, por lo que corresponde a ambas partes cumplir los alcances de su contenido. Asimismo, recordó que al dictarse el Mandato de Compartición no se aceptó la pretensión de AZTECA para aplicar sus alcances de manera retroactiva y con ello permitir la devolución de lo pagado previamente, que es lo que en la reclamación se ha incluido como pretensión accesoría. Adicionalmente, CONENHUA señaló que la reclamación de AZTECA fue presentada con la finalidad de no asumir las obligaciones pactadas frente a la empresa titular de la infraestructura compartida, sin considerar que los pagos fueron validados y revisados mensualmente por la empresa reclamante, expresando su consentimiento.
6. Mediante Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL del 11 de diciembre de 2018, el CCO requirió a AZTECA y CONENHUA la presentación de diversa información para resolver la controversia. Este requerimiento fue atendido por las empresas el 26 de diciembre de 2018.
7. Asimismo, mediante la referida Resolución N° 008-2018-CCO/OSIPTEL se encargó a la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO) solicitar al MTC la remisión del informe sustentatorio de la versión final del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
8. Mediante Oficio N° 504-STCCO/2018 del 13 de diciembre de 2018, la STCCO solicitó a la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC la remisión del informe sustentatorio de la versión final del Reglamento. Dicho requerimiento fue atendido mediante el Oficio N° 25857-2018-MTC/27 del 26 de diciembre de 2018, al que se adjuntó el Informe N° 251-2013-MTC/26 y la respectiva Matriz de Comentarios.
9. Mediante Oficio N° 048-STCCO/2019 del 21 de enero de 2019, la STCCO requirió a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL (en adelante, la GPRC) la remisión de información relacionada con el dictado de los mandatos de compartición aprobados por el Consejo Directivo del OSIPTEL. Este requerimiento fue atendido mediante Memorando N° 041-GPRC/2019 del 31 de enero de 2019.
10. Mediante escritos del 25 de febrero de 2019, AZTECA y CONENHUA presentaron sus alegatos finales.
11. Mediante Resolución Impugnada, el CCO declaró infundada la reclamación de AZTECA. Los fundamentos expuestos en dicho pronunciamiento fueron los siguientes:

Sobre la naturaleza de los contratos de compartición

- (i) La afirmación de CONENHUA respecto a que los contratos de compartición son de naturaleza civil y se rigen solo por la libertad de contratar de las partes, no se ajusta al marco normativo, debido a que existen límites y condiciones a dicha libertad de configuración contractual. Uno de dichos límites es la contraprestación por el acceso y uso de la infraestructura, cuya determinación se encuentra prevista en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento.
- (ii) La Ley de Banda Ancha y el Reglamento han regulado de forma imperativa diversos aspectos de la relación de compartición, tales como las condiciones que deben ser parte de su contenido y las obligaciones que asumen los titulares de la infraestructura y el operador de telecomunicaciones. De acuerdo con ello, la relación de compartición debe recoger diversos aspectos regulados por la normativa, por lo que se desprende que el contenido del Contrato de Compartición no depende exclusivamente de la libre voluntad de las partes.

Sobre el valor de "Na" en la Metodología

- (iii) La fórmula contenida en Metodología para determinar la contraprestación periódica se refiere al denominador "Na" como componente del factor "B" (factor de distribución de costos entre los arrendatarios) y lo define como el "número de arrendatarios", sin habersele consignado un valor constante, tal como ocurrió con otros componentes de la fórmula. Si bien la citada fórmula no ha asignado un valor concreto al denominador "Na" como sí lo hace para la variable "F", ello no conlleva a asumir que pueda ser fijada libremente por las partes, debido a que este es un componente de una fórmula regulada de observancia obligatoria para calcular la contraprestación.
- (iv) Con la expedición de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, que modifica los valores del "m" y "F" de la citada Metodología, en la descripción de la citada fórmula se mantiene la definición del denominador "Na" como componente del factor "B", identificándola nuevamente como el "número de arrendatarios", cuyo valor no fue definido como constante.
- (v) De la revisión de la Ley de Banda Ancha y el Reglamento no existe mayor referencia para el cálculo del denominador "Na", por lo que si bien se considera que el valor del denominador "Na" es regulado, no se ha previsto que tenga un único valor.

Sobre el valor del denominador "Na" previsto en el Contrato de Compartición

- (vi) La cláusula cuarta del Contrato de Compartición, referida a las condiciones para la retribución por el uso compartido de la infraestructura eléctrica, se observa que las partes fijaron los valores unitarios. Si bien no se detalla el cálculo de dichos valores, las partes consignaron textualmente que estos fueron *"determinados a partir de la aplicación de la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento"*.
- (vii) A pesar de que no se cuenta con el sustento técnico y económico de los valores que fueron asignados a los componentes de la fórmula prevista en la Metodología para determinar los valores unitarios de la cláusula cuarta del Contrato de Compartición, de la revisión del modelo de cálculo aportado por

CONENHUA se evidencia que las partes atribuyeron al denominador "Na" un valor equivalente a uno (1).

- (viii) Dado que la Metodología del Reglamento define a la variable "B" como el "factor de distribución de costos solo entre los arrendatarios", era razonable que las partes asumieran que el valor del denominador "Na" fuera equivalente a uno (1), toda vez que a la fecha de suscripción del Contrato de Compartición las partes no contaron con un criterio interpretativo o razonamiento económico que hubiera permitido considerar que el valor del denominador "Na" era igual a tres (3).

Sobre el Informe N° 251-2013-MTC/26

- (ix) El Informe N° 251-2013-MTC/26 no tiene la naturaleza de exposición de motivos del Reglamento, en los términos definidos por el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, que permita utilizar sus fundamentos como criterio interpretativo para la aplicación de la norma. El citado informe no fue publicado y solo constituye un trabajo preparatorio que resume la respuesta del MTC a los comentarios del proyecto de Reglamento de la Ley de Banda Ancha, publicado por la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03.
- (x) El Informe N° 251-2013-MTC/26 únicamente se refiere a la variable "Na" como componente del factor "B" ("factor de distribución de costos solo entre los arrendatarios"), tal como se consigna en el Reglamento. Asimismo, en la Matriz de Comentarios, que integra el referido informe, el MTC únicamente mencionó que la contraprestación periódica se determinaba mediante una fórmula, pero no efectuó precisiones sobre el denominador "Na". Por ello, las partes no podrían haber inferido una vinculación indubitable entre la construcción del valor de la variable "f" con el valor que debía atribuirse al denominador "Na", para considerar que este debía ser equivalente a tres (3).

Sobre la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y el Informe N° 292-2017-MTC/26

- (xi) La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no constituye una norma interpretativa del Reglamento respecto del valor del denominador "Na". Asimismo, dado que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no contiene referencia alguna a la modificación del denominador "Na", tampoco constituye una norma modificatoria del referido valor.
- (xii) El Informe N° 292-2017-MTC/26 no contiene sustento o esclarecimiento acerca del valor del denominador "Na" o, en su defecto, los parámetros que deben seguir para su determinación. Solo se encontraba dirigido a sustentar las modificaciones de las variables "f" y "m" de la Metodología, mas no permite desprender que el valor del denominador "Na" sea equivalente a tres (3).
- (xiii) Si bien el MTC sostuvo que la construcción del valor de la variable "f" de la Metodología, para determinar la contraprestación periódica, considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica asumiendo la existencia de tres (3) cables de fibra óptica, ello no determina que las partes pudieran haber asumido que el valor del denominador "Na" fuera igual a tres (3) desde el inicio de la relación de compartición.

Sobre el Oficio N° 520-2017-MTC/03

- (xiv) No corresponde atribuir al Oficio N° 520-2017-MTC/03 un carácter interpretativo, que pueda ser aplicable desde la entrada en vigencia del Reglamento, ni modificadorio, desde la vigencia de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, puesto que el valor del denominador "Na" fue regulado en el Reglamento, de manera que únicamente podría tener naturaleza interpretativa o modificatoria aquel instrumento jurídico emitido en ejercicio de la función normativa.

Sobre el Mandato de Compartición

- (xv) El Mandato de Compartición dictado por el Consejo Directivo del OSIPTEL que establece que el valor del denominador "Na" es equivalente a tres (3) fue dictado en ejercicio de su función normativa. Por ello, las modificaciones de carácter económico, técnico e incluso legal que pudiera contener rigen en adelante, a partir del día siguiente de su notificación.
- (xvi) Si bien el Consejo Directivo del OSIPTEL concluyó que el costo incremental total estimado por el MTC, representado por la variable "F", fue dimensionado sobre la base de tres (3) cables de comunicación, no se desprende que haya considerado que el valor del denominador "Na" se encuentre expresamente establecido en la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 o en el Informe N° 292-2017-MTC/26 y, menos aún, que esto pueda haber sido entendido por las partes desde el inicio de la relación de compartición.

Sobre del mandato de compartición entre CONENHUA y otra empresa

- (xvii) El 3 de marzo de 2016, se emitió el mandato de compartición entre Gilat Networks S.A. (en adelante, GILAT) y CONENHUA, a través del cual se establecieron las condiciones legales, técnicas y económicas para el acceso y uso a la infraestructura de CONENHUA, a fin de permitir la instalación de fibra óptica.
- (xviii) Mediante el Informe N° 00058-GPRC/2017, la GPRC indicó que en la fórmula prevista en la Metodología no se señala textualmente que deba considerarse que el valor del denominador "Na" es el número máximo de arrendatarios o el número de arrendatarios que acceden a la infraestructura en un momento determinado (Na dinámico). Ello demuestra que el valor del denominador "Na" no se encontraba establecido en la fórmula prevista en la Metodología, siendo que el valor del denominador "Na" como el número máximo de arrendatarios en el mandato de compartición entre CONENHUA y GILAT, respondió a la función normativa que ostenta el OSIPTEL.

Sobre el monto reclamado por AZTECA

- (xix) Carece de objeto pronunciarse sobre la pretensión accesorio de la reclamación, consistente en la solicitud de devolución o, en su defecto, la compensación con obligaciones de pago a futuro, al no haberse verificado que las partes hayan fijado el valor del denominador "Na" en contravención de la Metodología.
12. Mediante escrito del 28 de mayo de 2018, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Impugnada exponiendo los siguientes argumentos:

Diferencia entre lo solicitado en la reclamación y lo resuelto por el CCO

- (i) El pronunciamiento del CCO no guarda correspondencia con lo que se ha solicitado. AZTECA acudió al CCO para que resuelva la discrepancia sobre la correcta aplicación de la Metodología que no podría ser solucionada por las partes, al tratarse de una materia que no estaba expresamente definida en el marco normativo vigente ni en la propia fórmula. Si el Reglamento hubiese consignado expresamente el valor del denominador "Na" las partes no mantendrían la actual controversia, pues podrían aplicar directamente la norma.
- (ii) En atención a las pretensiones y fundamentos de la reclamación, el CCO debía: (i) evaluar el razonamiento económico de la fórmula metodológica, (ii) determinar cuál es el valor del denominador "Na" en atención al marco normativo vigente, (iii) aplicar la Metodología para concluir cuál es el precio máximo por uso compartido de infraestructura, (iv) verificar si la retribución exigida por CONENHUA supera el precio máximo o no, desde el inicio de la relación de compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición; y, (v) ordenar la devolución de lo indebidamente pagado, en caso se verifique que se exigió una contraprestación mayor al tope legal. Sin embargo, el pronunciamiento del CCO no contempló los puntos antes señalados.
- (iii) El CCO ha evadido emitir pronunciamiento sobre los aspectos económicos y legales solicitados, dado que no ha evaluado cuál es el razonamiento económico de la Metodología ni ha determinado cuál es el valor que debe reflejar el denominador "Na" de acuerdo al marco legal vigente.
- (iv) Debe tenerse en cuenta que el CCO no ha concluido que el valor del "Na" sea igual a uno (1). Para el CCO solo basta que a su criterio no sea factible concluir que el "Na" es igual a tres (3) para desestimar nuestra reclamación. Si el CCO no tiene la certeza de cuál es el valor correcto de "Na", no podría estar seguro que la contraprestación es exigible y respeta el máximo legal. Se ha resuelto la controversia reafirmando la causa que ha generado la misma; es decir, que no existe un valor determinado para dicha variable en el marco normativo.

Sobre el Informe N° 251-2013-MTC/26

- (v) El CCO restó importancia al Informe N° 251-2013-MTC/26, debido a que consideró que no tenía naturaleza de exposición de motivos, pese a que la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC ha reconocido que dicho documento fue elaborado para sustentar el Reglamento. Con ello se desconoce que el referido informe explica la Metodología y el razonamiento económico detrás de la fórmula usada por el MTC para calcular el costo incremental por el uso compartido de infraestructura.
- (vi) El Informe N° 251-2013-MTC/26 establece un parámetro para determinar la relación entre las variables "f" y "Na" de la Metodología, así como también permite concluir que el valor del denominador "Na" es igual a tres (3), debido a que contempló la existencia de tres (3) cables de fibra óptica para calcular el porcentaje de "f". Ello también se desarrolla en el informe técnico del 20 de noviembre de 2017, que fue aportado por AZTECA.

- (vii) La variable "f" constituye el porcentaje vinculado al peso de los cables de fibra óptica que la Metodología asume que se apoyan en la infraestructura eléctrica, mientras que la variable "Na" corresponde al número de arrendatarios entre los que se distribuye el referido costo incremental, de acuerdo al número de cables existentes. Por tanto, si la fórmula metodológica establecida por el MTC asumió la existencia de 3 cables en la infraestructura para calcular el valor de "f", corresponde que ese costo se divida entre tres (3), con la finalidad de identificar cuál es el costo que debe ser asumido por un (1) solo arrendatario.
- (viii) Desde la emisión del Reglamento, el MTC asumió que la infraestructura eléctrica soportaba el apoyo de tres (3) cables de fibra óptica. Por ello, el costo incremental (asumido en función al peso de dichos cables), siempre debió ser dividido entre tres (3) y, por ende, el valor del denominador "Na" debió ser tres (3), para efectos de identificar cuál es el costo que debe ser asumido por un (1) solo arrendatario.
- (ix) El CCO no tomó en cuenta lo expuesto alegando que asumir la existencia de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica sólo sería una posibilidad. Al respecto, en el Informe N° 251-2013-MTC/26 no se han analizado múltiples posibilidades, sino sólo existió una única alternativa, que fue asumir la existencia de tres (3) cables de fibra óptica apoyados en la infraestructura eléctrica.

Sobre el Informe N° 292-2017-MTC/26

- (x) La primera instancia suprimió el valor probatorio e interpretativo del Informe N° 292-2017-MTC/26, al considerar que no se trata de la exposición de motivos de una norma. La importancia de este documento radica en que permite conocer el razonamiento del MTC para establecer el valor a todas las variables de la fórmula metodológica, que fueron consideradas en el Reglamento.
- (xi) El Informe N° 292-2017-MTC/26 no solo reconoce que la fórmula para la determinación de la contraprestación periódica considera el apoyo de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica, sino también es claro en mencionar que este criterio fue establecido en el Informe N° 251-2013-MTC/26 que sustentó el Reglamento.

Sobre el Oficio N° 520-2017-MTC/03

- (xii) El CCO no tomó en cuenta la propia declaración del MTC, asumiendo que no tendría carácter interpretativo ni modificadorio del Reglamento, sin tener en cuenta que en dicho documento se indica que el valor de la variable "Na" es igual a tres (3), con independencia del número efectivo de arrendatario de la infraestructura. Esta comunicación guarda coherencia con lo señalado en el Informe N° 251-2013-MTC/26 y el Informe N° 292-2017-MTC/26, por lo que no se trata de una declaración que no tenga respaldo legal o sea contraria a lo establecido en el Reglamento.

Sobre el valor del "Na" en el Mandato de Compartición

- (xiii) En ejercicio de la función normativa, el Consejo Directivo del OSIPTEL no puede establecer nuevos valores de la Metodología ni modificarlos. Lo único que se ha hecho es aclarar que el valor del denominador "Na" es igual a tres

(3), precisando la forma en que las partes debieron considerar este valor desde el inicio de la relación de compartición.

- (xiv) Con relación al mandato de compartición dictado por el Consejo Directivo del OSIPTEL entre CONENHUA y GILAT, se debe indicar que fue emitido en el 2016, en una fecha anterior a la emisión de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, cuando no se había esclarecido el valor legal y correcto del denominador "Na".

Sobre los informes económicos presentados por AZTECA

- (xv) Se ha afectado el debido procedimiento, en tanto el CCO no tomó en consideración ni evaluó los informes económicos presentados por AZTECA, que sustentan que el valor legal y correcto del denominador "Na" es tres (3), al considerar que carecía de objeto evaluarlos, pese a que este mismo órgano los solicitó. Los referidos informes acreditan que el valor del "Na" es tres (3).

Sobre el valor del denominador "Na"

- (xvi) Para realizar el cálculo del valor del "Na", el MTC consideró que el costo incremental estaría en función al peso de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica. Por ello, el factor "f" se encuentra incluido como un porcentaje que representa el referido costo incremental, como se puede advertir en el Informe N° 251-2013-MTC/26.
- (xvii) Se debe resaltar que este porcentaje del factor "f" no ha cambiado con la emisión de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. De la revisión del Informe N° 292-2017-MTC/26, se advierte que el MTC mantiene el porcentaje del factor "f" en atención al peso de tres (3) cables de fibra óptica. El valor asignado por el MTC a "f" es 18.3%, que representa el costo incremental que generarían tres (3) cables de fibra óptica en el mantenimiento de la infraestructura eléctrica. Para determinar el costo incremental, se distribuye el porcentaje de "f" (18.3%) entre tres (3) arrendatarios, con lo que se obtiene el costo incremental que representa para la empresa eléctrica recibir un (1) solo cable de fibra óptica y, consecuentemente, cuánto debe retribuir la arrendataria (empresa de telecomunicaciones) por el apoyo de un (1) cable de fibra óptica.
- (xviii) AZTECA no debe pagar por el desgaste que ocasiona el peso de tres (3) cables en la infraestructura eléctrica, porque únicamente apoya un (1) cable. Por ello, como parte de la Metodología, el MTC ha incluido la variable "B" que equivale a "1/Na". Esta variable representa el factor de distribución de costos entre los arrendatarios, por lo cual divide el costo incremental que representa para la empresa eléctrica recibir tres (3) cables de fibra óptica respecto de los costos de operación y mantenimiento en los que incurre cuando no comparte su infraestructura.
- (xix) El denominador "Na" cumple una función de ajuste en la fórmula metodológica, pues permite individualizar el costo incremental que representa para la empresa eléctrica soportar tres (3) cables de fibra óptica. Es decir, "f" y "Na" constituyen factores que son dependientes entre sí, pues el costo incremental calculado en atención al peso de tres (3) cables de fibra óptica, al partir de esta premisa, debe distribuirse entre la cantidad del número de arrendatarios que se consideró en la Metodología, es decir, entre tres (3).

13. Con fecha 16 de julio de 2019 se desarrolló la audiencia de informe oral, contando con la participación de los representantes de AZTECA y de CONENHUA.
14. Mediante escrito del 1 de agosto de 2019, AZTECA expuso sus alegatos finales. Asimismo, adjuntó un informe económico del 24 de junio de 2019, denominado "Las variables "f" y "Na" en la Fórmula de Remuneración por Acceso y Uso de Infraestructura Eléctrica según el Reglamento de Banda Ancha (2013)", elaborado por el señor Arturo Briceño, con el propósito de desarrollar el razonamiento económico de la fórmula de la Metodología para la determinación de la contraprestación periódica.
15. El 18 de setiembre de 2019 se desarrolló una segunda audiencia de informe oral con la participación de ambas partes, en atención al pedido formulado por AZTECA el 9 de agosto de 2019, debido a la designación del nuevo miembro y Presidente del Tribunal de Solución de Controversias, efectuada mediante Resolución Suprema N° 127-2019-PCM, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de julio de 2019.
16. El 9 de octubre de 2019, AZTECA remitió un escrito con la finalidad de brindar mayores elementos para la evaluación de su recurso de apelación, reiterando que CONENHUA ha exigido el pago de contraprestaciones periódicas por encima del precio máximo previsto en el Reglamento.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

17. Con carácter ilustrativo, en atención a la reclamación de AZTECA, este Colegiado considera que las materias en discusión en el presente caso son las siguientes:
 - (i) Determinar si la contraprestación periódica contenida en el Contrato de Participación excede el precio máximo previsto por la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento, al haberse aplicado incorrectamente el valor de la variable "Na".
 - (ii) De ser el caso, determinar si corresponde disponer la devolución del importe que habría sido pagado en exceso por AZTECA.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1 Sobre la competencia del OSIPTEL en ejercicio de la función de solución de controversias

18. Desde la creación del OSIPTEL, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, la Ley de Telecomunicaciones), le atribuye la función de resolver las controversias por la vía administrativa entre empresas de servicios públicos de telecomunicaciones⁴. Con mayor precisión, el artículo 78 de la misma norma indica las controversias que se encuentran dentro de los alcances de la competencia atribuida al OSIPTEL, incluyendo entre ellas las referidas a la interconexión,

⁴ **DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**
Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:
(...)

4.- Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.

- derechos de acceso a la red y las relacionadas con aspectos técnicos entre empresas⁵.
19. Una vez consolidada la creación de los órganos reguladores en telecomunicaciones, energía, infraestructura de transporte y saneamiento, se dictó la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley Marco de Organismos Reguladores), que tuvo el propósito de normar de manera uniforme la naturaleza, competencia y funcionamiento de los organismos reguladores (OSIPTTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS).
 20. El artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores 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 invocar⁶. La misma Ley Marco de Organismos Reguladores reconoce que esta y las demás funciones atribuidas a los organismos reguladores se ejercen con los alcances y las limitaciones que establezcan sus propias leyes y reglamentos. De acuerdo a ello, la función de solución de controversias es desarrollada por los diferentes organismos reguladores.
 21. Los alcances de la función de solución de controversias a cargo del OSIPTTEL se detallan en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL. En esta norma se precisa que la competencia del OSIPTTEL 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 la condición de empresa operadora⁷.
 22. La atribución de esta competencia se encuentra detallada en el Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y en el Reglamento General del OSIPTTEL para la Solución de Controversias entre

⁵ **DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**
Artículo 78.- Además de lo señalado en el artículo precedente el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en los siguientes casos:
a.- Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia que esta Ley señala.
b.- Las relacionadas con la interconexión de servicios y derecho de acceso a la red, incluye los aspectos técnicos y las condiciones económicas.
c.- Las relacionadas con las tarifas entre empresas.
d.- Las relacionadas con el aspecto técnico entre las empresas.

⁶ **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,
(...)

⁷ **LEY N° 27336, LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL OSIPTTEL**
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, OSIPTTEL 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.

Empresas, aprobado por Resolución N° 136-2011-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias). En ambas normas se contempla un listado referencial 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 telecomunicaciones⁸.

23. El referido marco normativo permite desprender que, en materia de solución de controversias, la competencia del OSIPTEL 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 Ancha⁹, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora.
24. Este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en anteriores casos confirmando los alcances de la competencia de los órganos de solución de controversias para evaluar conflictos relacionados al acceso y compartición de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Así, al establecer las diferencias frente al ejercicio de la función normativa, se afirmó que la función de solución de controversias comprende la evaluación de los conflictos generados por las partes respecto a los alcances de los términos y condiciones normativos y contractuales que resultan aplicables a la relación contractual de compartición de infraestructura, para lo cual se recurre a los métodos de interpretación e integración del marco normativo aplicable¹⁰.
25. Las disposiciones normativas antes citadas permiten notar que esta competencia comprende no solo la resolución de disputas entre empresas del sector de telecomunicaciones que involucren el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público que sea necesaria para la prestación de servicios públicos de

⁸ **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.
- 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.

⁹ 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.

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

telecomunicaciones, sino también comprende aquellas controversias que pudieran surgir entre estas y empresas de otros sectores en tanto afecten o puedan afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

3.2 La regulación del régimen económico de compartición de infraestructura para el despliegue de banda ancha

3.2.1 El propósito de la compartición de infraestructura y sus características

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

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

(...)

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

(Énfasis añadido)

31. Esta condición también ha sido desarrollada en el artículo 30 del Reglamento en los siguientes términos:

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

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

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

(Énfasis añadido)

32. De acuerdo a las disposiciones citadas, el régimen de acceso y uso compartido de infraestructura, que permita el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha, se encuentra sujeto al pago de dos (2) tipos de contraprestaciones: (i) la contraprestación inicial única, que debe permitir la recuperación de las inversiones de adecuación en las que incurra el concesionario eléctrico para permitir el acceso y uso de la infraestructura; y, (ii) la contraprestación periódica, que debe retribuir la operación y mantenimiento de la infraestructura compartida, incluido un margen de utilidad razonable.
33. Las referidas contraprestaciones no se encuentran abiertas a la libre determinación de las partes, sino se sujetan a los alcances de la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento. Haciendo especial énfasis en este aspecto, el numeral 30.4 del Reglamento precisa de manera expresa que el resultado que se obtiene de la aplicación de la Metodología constituye el precio máximo. Si bien se reconoce la posibilidad de pactar un acuerdo con un precio menor, no podría establecer libremente un precio que supere el máximo establecido por la Metodología.

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

(...)

30.4 La metodología para la determinación de las contraprestaciones referidas en el presente artículo, es la que se desarrolla en el Anexo 1. El resultado de dicha metodología servirá como un precio máximo. De existir algún acuerdo entre un concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos y un Operador de Telecomunicaciones que resulte en un precio menor al determinado según la metodología planteada en el Anexo 1, dicho precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a todos los otros Operadores de Telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura, salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas.

(Énfasis añadido)

34. Como se puede advertir, el legislador ha creado un régimen de compartición de infraestructura para la provisión de banda ancha, que se reflejan en las siguientes características: (i) obligatoriedad, porque impone a las empresas titulares de infraestructura eléctrica y de hidrocarburos una carga que limita su libertad contractual frente a un pedido de acceso y uso compartido formulado por un operador de telecomunicaciones para efectos de desplegar redes necesarias para la provisión de banda ancha; (ii) onerosidad, en tanto se reconoce que el acceso y el uso compartido de la infraestructura generan costos que deben ser asumidos por el operador de telecomunicaciones; y, (iii) sujeción a precios máximos, en la medida que las dos contraprestaciones exigibles por el acceso y uso compartido de infraestructura no pueden ser superiores al resultado de la aplicación de la Metodología.

3.2.2 La contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura como precio máximo

35. La relación de compartición que se establece con la suscripción de un contrato de compartición comprende una serie de vínculos en función de los términos y condiciones pactados por las partes. Uno de los principales aspectos de esta relación es la contraprestación o retribución económica que se debe pagar al titular que permite el acceso y uso de su infraestructura con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha.
36. La Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento establece el procedimiento que se debe seguir para la determinación de la contraprestación inicial única y la contraprestación periódica. Con relación a la primera, la Metodología explica ciertos criterios referidos al periodo de pago, a la persona encargada de proceder a la instalación, al precio, orientado a costos más un margen de utilidad, y al pago que debe ser asumido por los operadores de telecomunicaciones de forma proporcional. No existe propiamente una fórmula para su determinación.

ANEXO 1

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

La contraprestación total por el acceso y uso deberá considerar dos componentes: una contraprestación única que cubra la inversión incremental en la adecuación de la infraestructura durante la vida útil de la misma y una contraprestación mensual por el acceso y uso a la misma.

- Con respecto a la inversión incremental para la adecuación de la infraestructura, el pago de la misma se realizará en su totalidad en el periodo de instalación y, posteriormente, cuando ésta deba ser reemplazada.
- Los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionarán a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura.
- La tarifa que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá estar orientada a costos, incluyendo un margen de utilidad razonable.
- El pago de la adecuación será asumido por los concesionarios de telecomunicaciones, de forma proporcional. En el caso de energía eléctrica, la adecuación comprende los costos de reforzamiento de torres, postes o líneas.
- La contraprestación mensual por el acceso y uso (RM), vendrá dada por la siguiente fórmula:

37. A diferencia de la contraprestación inicial única, la Metodología establece una fórmula para la determinación de la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura. Su definición es la siguiente¹¹:

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

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

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

Donde:

- Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
- OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.
- B: Factor de distribución de costos solo entre los arrendatarios.

$$B = 1 / N_a$$

Donde N_a : número de arrendatarios

- i_m : Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable.

Para el caso de la infraestructura eléctrica se debe considerar además:

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

- f: 20%
- OMs: Costo mensual OPEX sin compartición y se calcula de la siguiente forma:

Cálculo de OMs	Tipo de línea eléctrica
$OMs = h/12 \times BT$	Baja Tensión
$OMs = n/12 \times BT$	Media Tensión y/o Alta Tensión

- BT: Es la Base Total de cálculo de la infraestructura eléctrica y está dada por:

$$BT = (1 + m) \times TP$$

Donde:

- TP: Costo de las torres o postes regulados del sector energía
- m= 77%. Expresa el costo del montaje de las torres, postes o suministros
- h= 7.2%. Para baja tensión h= 13.4%. Para media o alta tensión

Nota. Los valores establecidos para las variables m, h, y f podrán modificarse mediante resolución del Viceministro de Comunicaciones.

- De acuerdo a esta fórmula, el operador de telecomunicaciones tendría que pagar por concepto de contraprestación periódica el importe resultante de la suma de los impuestos municipales adicionales que genera el acceso y uso compartido ("Imp") y el producto de los siguientes factores: (i) el costo de operación y mantenimiento (OPEX) adicional en que se incurre cuando la infraestructura eléctrica es compartida, que debe representar una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura eléctrica sin compartición ("OMc"); (ii) el factor de distribución entre los arrendatarios ("B"); y, (iii) un margen de utilidad razonable ("im").
- La controversia se encuentra relacionada con la correcta determinación de la contraprestación periódica que le correspondía pagar a AZTECA por el uso compartido de la infraestructura de CONENHUA en el periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y el dictado del Mandato de Compartición. Por tanto, a efectos de delimitar los alcances de la reclamación de AZTECA, se debe indicar que no es objeto del presente análisis la aplicación de la contraprestación inicial única a la relación de compartición que mantienen las partes.

40. El precio máximo correspondiente a la contraprestación periódica no es producto de la aplicación de un importe fijo, como ocurre en otros supuestos, en los que la verificación del cobro de un importe superior al precio máximo regulatorio es más visible¹². La determinación de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura exige un ejercicio previo, en el que corresponde aplicar los valores de la fórmula prevista en la Metodología. Una aplicación incorrecta de la referida fórmula o de sus correspondientes valores a una relación contractual de compartición puede generar el cobro indebido de un precio superior al máximo establecido por el Reglamento.
41. En el presente caso, AZTECA ha solicitado que se declare que la contraprestación periódica establecida en el Contrato de Compartición excede la máxima retribución exigible por el acceso y uso compartido de infraestructura, debido a que se habría aplicado incorrectamente la fórmula contenida en la Metodología, al haberse asignado a la variable "Na" un valor igual a uno (1), pese a que tendría un valor de tres (3). De acuerdo a ello, corresponde verificar los alcances de la fórmula para determinar el valor asignado a la variable "Na".

3.2.3 Los alcances de la función de solución de controversias en la determinación del valor de la variable "Na" contenida en la fórmula de la metodología

42. Tal como lo han reconocido las partes durante el procedimiento, el Mandato de Compartición se dictó en ejercicio de función normativa y rige la relación contractual establecida entre AZTECA y CONENHUA hacia adelante, es decir, sus efectos no son retroactivos, de modo que no cubren el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición y su dictado, que es el periodo en discusión en el presente caso.
43. Considerando lo expuesto, es preciso indicar que el presente pronunciamiento se efectúa en ejercicio de la potestad administrativa atribuida a esta entidad para resolver controversias que afecten o puedan afectar el mercado de telecomunicaciones. La labor reservada a los órganos que ejercen la función de solución de controversias del OSIPTEL consiste en evaluar el marco normativo y regulatorio para aplicar sus alcances a un determinado conflicto, pudiendo recurrir para ello a métodos de interpretación e integración jurídica.
44. Así se ha resaltado en un pronunciamiento anterior, en el que se indicó que los órganos de solución de controversias no tienen competencia para fijar la contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, sino para resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que surja como consecuencia de la interpretación y ejecución de los contratos o mandatos dictados por esta entidad¹³.
45. En ejercicio de esta función, es posible revisar el marco normativo y regulatorio con el propósito de verificar el valor asignado a la variable "Na" en la fórmula contenida en la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento para la determinación de la contraprestación periódica. Luego, de ser el caso, corresponderá analizar si este valor ha sido correctamente incorporado al Contrato de Compartición, lo que permitirá corroborar si la contraprestación periódica pagada por AZTECA a CONENHUA, en el periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de

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

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

Compartición y la emisión del Mandato de Compartición, superó el precio máximo establecido en el Anexo 1 del Reglamento.

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

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

Donde:

(...)

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

B = 1/Na.

Donde Na: número de arrendatarios.

47. Como se puede apreciar, para efectos de la aplicación de la fórmula contenida en la Metodología, "Na" se define como el "número de arrendatarios". La Metodología no se refiere al "Na" con un valor determinado, es decir, no existe referencia expresa en la norma que indique si esta variable es equivalente a uno (1) o a tres (3), como sostienen las partes, o a cualquier otro valor.
48. Ahora bien, como se ha indicado previamente, en el marco de la función administrativa de solución de controversias corresponde verificar si existe sustento que permita determinar el valor de "Na" en la fórmula prevista en la Metodología, teniendo en cuenta que la falta de una referencia expresa no necesariamente implica que no exista o que dicho valor no haya sido previsto por el marco normativo y regulatorio. Para tal efecto, resulta necesario evaluar la documentación correspondiente a los antecedentes jurídicos directamente vinculados al Reglamento y, concretamente, a la fórmula contenida en la Metodología.
49. Al respecto, la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Banda Ancha dispuso que su reglamento debía ser propuesto por el MTC, el Ministerio de Energía y Minas, el OSINERGMIN y el OSIPTEL. En atención a este encargo, mediante Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03, el MTC publicó un proyecto de reglamento de la Ley de Banda Ancha, a fin de recibir sugerencias y comentarios.
50. El sustento de este proyecto de reglamento se aprecia en su respectiva exposición de motivos y en el Informe N° 83-2013-MTC/26 del 27 de marzo de 2013. En los referidos documentos se resalta que el acceso y uso compartido de infraestructura se encuentra sujeto al pago de contraprestaciones periódicas que remuneran su operación y mantenimiento, aunque no se advierte mayor referencia a la forma detallada de aplicación de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento y tampoco sobre el valor asignado a las variables que la componen.
51. Sin embargo, posteriormente, el MTC realizó una nueva evaluación en el Informe N° 251-2013-MTC/26 del 17 de octubre de 2013, atendiendo a los comentarios y sugerencias recibidos sobre el referido proyecto de reglamento. En dicho documento, se precisa que se consideró necesario realizar ciertas modificaciones y precisiones en la formulación original del proyecto de reglamento.
52. A diferencia de lo que ocurrió con el sustento inicial del proyecto, en el Informe N° 251-2013-MTC/26 existe una explicación detallada sobre el sustento de la fórmula metodológica para determinar el pago de las contraprestaciones periódicas por el acceso y uso compartido de infraestructura. En esta oportunidad, el MTC señaló expresamente que consideraba importante incluir información adicional, que

sustente en mejor medida los valores utilizados en la fórmula contenida en la Metodología.

53. Antes de verificar la explicación contenida en el Informe N° 251-2013-MTC/26, es necesario analizar los cuestionamientos del CCO sobre su valor probatorio, que se encuentran relacionados con su negada condición de exposición de motivos y su falta de publicidad para ser exigible.

(i) Sobre el Informe N° 251-2013-MTC/26 como exposición de motivos

54. AZTECA sostuvo que la interpretación de los alcances de la variable “Na” se evidenciaban en el mencionado Informe N° 251-2013-MTC/26, a partir de la revisión de los alcances del parámetro “f” de la misma fórmula. No obstante, el CCO consideró que este documento no podía ser empleado como criterio interpretativo para la aplicación de sus alcances, debido a que no tenía la naturaleza de exposición de motivos del Reglamento.
55. La Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, fueron dictados con la finalidad de definir los lineamientos para la elaboración, denominación y publicación de leyes, precisando que los proyectos normativos deben encontrarse sustentados en una exposición de motivos. No obstante, esta es una exigencia atribuible a la Administración pública cuando pretende desarrollar su actividad normativa, pero de ahí no puede desprenderse válidamente que los documentos de sustento, distintos a la exposición de motivos, no puedan ser considerados para determinar el sentido de las disposiciones normativas o regulatorias.
56. La necesidad de evaluar toda la información relacionada con la controversia descansa en la correcta aplicación del principio de verdad material, conforme al cual la autoridad debe verificar plenamente los hechos que sustenten su decisión, adoptando todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley. La observancia de este principio en los procedimientos trilaterales también es exigible e incluso en estos casos cabe la sustitución del deber probatorio que corresponde a las partes si el pronunciamiento de la autoridad pudiera involucrar el interés público, como ocurre en el presente caso.
57. En ese sentido, si bien el Informe N° 251-2013-MTC/26 y su Matriz de Comentarios no constituyen la exposición de motivos formal del Reglamento, en aplicación del principio de verdad material antes referido, ello no resta y mucho menos anula el mérito probatorio que ostenta para efectos de determinar el valor de la variable “Na” en la fórmula de la Metodología.
58. Junto a ello, deber observarse que ante un requerimiento efectuado en primera instancia, el propio MTC señaló que el Informe N° 251-2013-MTC/26 y su Matriz de Comentarios fueron los documentos de sustento del Reglamento¹⁴, lo que corrobora su idoneidad para la evaluación de la controversia materia de análisis. Por tanto, carece de asidero legal asumir que estos documentos no pueden ser tomados en cuenta para la resolución de la presente controversia porque no tienen la denominación formal de exposición de motivos.

¹⁴ Mediante Oficio N° 504-STCCO/2018 del 13 de diciembre de 2018, se requirió al MTC la remisión del informe sustentatorio de la versión final del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Dicho requerimiento fue atendido por el MTC mediante Oficio N° 25857-2018-MTC/27, al que se adjuntó “un CD con el Informe N° 253-2013-MTC/26 y Anexo N° 1 (matriz de comentarios)”, elaborados para sustentar el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

59. En ese sentido, es necesario resaltar que aún si no existiera exposición de motivos, para la resolución de una controversia sería plenamente posible acudir a los documentos preparatorios, informes, oficios o cualquier otro documento interno emitido por la entidad, que permita desprender el significado correcto que corresponde atribuir a una disposición normativa o regulatoria. Una apreciación distinta implicaría asumir que se emita pronunciamiento omitiendo considerar los documentos directamente vinculados con una materia controvertida, por el solo hecho que no tengan la condición formal de exposición de motivos, lo que evidentemente sería contrario al principio de verdad material.

(ii) Sobre el conocimiento de los alcances del Informe N° 251-2013-MTC/26

60. Adicionalmente, el CCO sostuvo que el Informe N° 251-2013-MTC/26 no había sido publicado previa o conjuntamente con el Reglamento a fin de ser considerado por AZTECA y CONENHUA al momento de suscribir el Contrato de Participación.

61. Contrariamente a lo indicado por el CCO, la invocada falta de conocimiento sobre la forma correcta y lícita de aplicar los reales alcances de la fórmula, no puede dar lugar a que las partes fijen una contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura que supere el precio máximo que establece el Reglamento. Admitir esta posibilidad implicaría que, por el alegado desconocimiento de los alcances de una disposición de carácter regulatorio, se incluyan términos y condiciones en un contrato de participación que sean contrarios al marco normativo y puedan afectar el interés público que se pretende resguardar.

62. En el presente caso, la determinación de la contraprestación periódica trasciende el interés particular de los administrados, en tanto involucra la existencia de un interés público, de modo que no puede existir posibilidad lícita alguna de que las partes pacten libremente un contraprestación periódica por encima de la máxima que resulta de la aplicación de la fórmula establecida en el Reglamento.

63. En tal sentido, aún si las partes consideran que existió desconocimiento sobre la forma correcta de determinación de la contraprestación periódica, correspondería a la autoridad adoptar las medidas para revertir la contravención a la regulación que pudiera haberse producido, teniendo en cuenta que la inclusión de una contraprestación periódica que supere el precio máximo, que resulta de la aplicación de la fórmula contenida en la Metodología, constituiría un incumplimiento del marco regulatorio contenido en la Ley de Banda Ancha.

64. Por tanto, puede concluirse que el Informe N° 251-2013-MTC/26 y su Matriz de Comentarios resultan plenamente pertinentes para evaluar los alcances de la controversia entre AZTECA y CONENHUA respecto de la determinación del valor de la variable "Na" en la fórmula contenida en la Metodología.

3.2.4 La definición del valor de "Na" en la fórmula

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

65. Sin perjuicio del cuestionamiento respecto del valor probatorio del Informe N° 251-2013-MTC/26, el CCO sostuvo que no se evidenciaba una referencia sobre la determinación del valor del denominador "Na" ni se desprendería que el razonamiento de sustento de la variable "f" permita inferir la existencia de una relación con el valor del denominador "Na". Por ello concluyó que no se encontraba demostrado que la variable "f" se haya calculado sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica.

66. Este Tribunal no comparte la conclusión del CCO por los fundamentos que seguidamente se exponen.
67. En principio, debe indicarse que los componentes “Imp” y “(1+Im)” de la fórmula no revisten mayor relación con la determinación de la variable “Na”. En cambio, a diferencia de lo que sostiene el CCO, sí existe una relación directa entre la variable “OMc” y “B”, toda vez que ambas están referidas a los costos generados por el despliegue de las instalaciones de cable de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica.

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

Donde:

(...)

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

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

B = 1/Na.

Donde Na: número de arrendatarios.

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

$$OMc = f \times OMs$$

Donde:

f : 20%

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

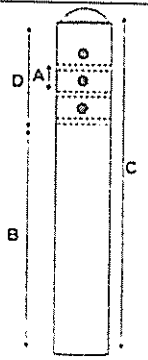
70. En este caso, la definición de la variable “OMs” viene dada por la regulación prevista en el sector eléctrico, por lo que su asignación en la fórmula no amerita mayor revisión para efectos del presente caso. En cambio, sí resulta necesario revisar la determinación del valor asignado al parámetro “f”, pues refleja el costo que debe asumir la empresa de telecomunicaciones en función del costo ordinario de operación y mantenimiento en el que incurre una empresa eléctrica cuando no comparte su infraestructura.
- (ii) La definición del parámetro “f” en la fórmula
71. Antes de la modificación introducida por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, la Metodología asignó al parámetro “f” un valor uniforme de 20%, independientemente del tipo de tensión de la torre eléctrica a ser compartida (baja,

media o alta tensión)¹⁵, es decir, se asumió que el régimen de compartición para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones generaba el 20% del costo de operación y mantenimiento en el que incurría una empresa eléctrica cuando no compartía su infraestructura.

72. Al apreciar la fórmula, se podrá verificar que la Metodología únicamente asigna el valor de "f", pero no expone el procedimiento seguido para su determinación. Este procedimiento se encuentra en la explicación que se realiza en el Informe N° 251-2013-MTC/26. En este documento se indica que el valor del parámetro "f" se obtuvo considerando dos (2) criterios: (i) el criterio de espacio y (ii) el criterio de peso.
73. Al efectuar la evaluación del criterio de espacio, el MTC tomó en cuenta la información proporcionada por el FITEL y la información técnica comparada respecto a la configuración física de los postes eléctricos y el espacio disponible que tienen para ser compartidos.

Información de FITEL

ESPACIOS EN INFRAESTRUCTURA DE POSTES			
(A):	Espacio ocupado por cada arrendatario		
(B):	Espacio Inutilizado		
(C):	Espacio total		
(D):	Espacio Utilizable		
Postes:			
	9,0 mts	11,0 mts	
(A):	45,0 cm	47,0 cm	(por 1 espacio)
(B):	7,46 mts	9,46 mts	
(C):	9,0 mts	11,0 mts	
(D):	1,54 mts	1,54 mts	



Fuente: Secretaría Técnica del FITEL

Información Técnica Comparada

Utah	Pies	Alaska	Pies	Louisiana	Pies	Maine	Pies
Altura promedio poste	37,5	Altura promedio poste	-	Altura promedio poste	-	Altura promedio poste	35
espacio usable	13,5	espacio usable	13,5	espacio usable	13,5	espacio usable	-
usado por energía	7,5	usado por energía	-	usado por energía	-	usado por energía	4,5
disponible para telecom	6	ocupado por telecom	1	ocupado por telecom	2	asignado a telecom	3
ratio: espacio disponible entre total	16%	ratio: espacio telecom entre usable	7%	ratio: espacio telecom entre usable	15%	ratio: espacio asignado a telecom	9%

74. Al efectuar la evaluación de la información técnica comparada, el MTC llegó a considerar que una buena aproximación para determinar el porcentaje de los costos adicionales de operación y mantenimiento, que deben asumir las empresas de telecomunicaciones, era el ratio entre el espacio disponible a ser utilizado por las empresas de telecomunicaciones y el espacio o altura total del poste eléctrico, con lo cual se obtenía un resultado de 16%. Asimismo, estimó que este valor era cercano al ratio "espacio utilizable/espacio total" (D/C) que se apreciaba en la información proporcionada por el FITEL, respecto de la configuración física de un poste eléctrico (17% para postes de 9 m y 14% para postes de 11 m), por lo que concluyó que el resultado obtenido se encontraba dentro de un margen de variación aceptable.
75. Luego, el MTC consideró que se debía incluir en el cálculo final un margen de seguridad adicional, dada la existencia de postes eléctricos con características particulares (altura, materiales, etc.) y teniendo en cuenta que la definición el valor

¹⁵ Con la modificación efectuada mediante la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, se asignó a "f" un valor en función al tipo de tensión de la infraestructura eléctrica: 20% cuando la infraestructura es de baja tensión y 18,3% cuando la infraestructura es de media y alta tensión.

de este parámetro sería aplicable también a las torres de alta tensión. Siguiendo esta evaluación, el MTC concluyó que el valor de “f” conforme al criterio de espacio debía ser equivalente a 20%.

76. Nótese que este valor asignado al parámetro “f” tomó en cuenta la instalación de tres (3) espacios para el tendido de cables de fibra óptica. En efecto, la información técnica comparada permite verificar el espacio utilizado por los cables de fibra óptica en una torre eléctrica y la información del FITEL confirma que el espacio asignado y empleado en la construcción de la fórmula para la contraprestación periódica por compartición de infraestructura se encuentra reservado para la instalación de tres (3) cables de fibra óptica.
77. Por otro lado, el MTC también consideró pertinente recurrir al criterio de peso para determinar el costo de operación y mantenimiento que generaría el régimen de compartición a los titulares de la infraestructura eléctrica. En este caso la determinación del valor del parámetro “f” también partió asumiendo la existencia de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica. Para ello, se obtuvo el ratio que resultaba de la división del peso de tres (3) cables de fibra óptica entre el peso de tres (3) conductores eléctricos (3x95/3x745), cuyo resultado fue 15%.

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

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

(Informe N° 251-2013-MTC/26)

78. El MTC consideró que la estimación del valor del parámetro “f” igual a 15% podría estar sujeta a la variabilidad de ciertos factores (cables de telecomunicaciones más pesados, conductores más pesados o más livianos, etc.), por lo que optó por incrementar el valor obtenido asumiendo la existencia de un margen de seguridad razonable, con lo que, siguiendo el criterio de peso, consideró que correspondía asignar al parámetro “f” un valor equivalente a 20%.
79. Para efectos de la controversia, interesa resaltar que también en este caso el MTC dimensionó el porcentaje del parámetro “f” sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica. Es decir, en la estimación del modelo empleado para la construcción de la fórmula contenida en la Metodología, consideró que debía retribuirse el costo adicional de operación y mantenimiento que generaría el peso de tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura eléctrica a ser compartida.
80. Cabe indicar que la Resolución Impugnada recoge ciertos cuestionamientos sobre el sustento de los criterios de espacio y peso empleados en la definición del parámetro “f”: (i) se indica que se habría dejado de lado ciertos valores discrecionalmente en la definición del criterio de espacio¹⁶; (ii) no se habría optado

¹⁶ *“De este supuesto, se advierte que el MTC, discrecionalmente, consideró como una buena aproximación para determinar el porcentaje de los costos de operación y mantenimiento (a ser representado por la variable “f”), únicamente al valor presente en el estado de Utah, equivalente a 16% como resultado obtenido del ratio entre espacio disponible para ser utilizado por las empresas de telecomunicaciones y el espacio o altura total del poste de energía eléctrica, dejando de lado los valores obtenidos de los ratios para los estados de Alaska, Louisiana y Maine”.*

por un valor específico entre los que tuvo a su disposición¹⁷; (iii) no se habría desarrollado la información que identifique el número de cables que soportaría la infraestructura en la información técnica empleada para determinar el espacio a ser ocupado por los cables de fibra óptica¹⁸; (iv) se habría incluido un margen de seguridad adicional que no generaría certeza sobre la relación entre “F” y “Na”¹⁹; (v) existirían inconsistencias en el cálculo del ratio obtenido para definir el valor conforme al criterio de peso²⁰.

81. Al respecto, es necesario señalar que la fijación de precios en las industrias reguladas puede efectuarse recurriendo a diversas metodologías (costos incrementales, costos marginales, precios Ramsey, *price caps*, empresa eficiente, tasa de retorno, etc.). En cada uno de estos casos, la autoridad competente procede a adoptar presupuestos o modelos de carácter técnico y económico, aplicables de manera general, que sirven de sustento para obtener el resultado final, que constituye el precio regulado.
82. Si bien el OSIPTEL tiene atribuida legalmente la función de regulación de precios en el mercado de telecomunicaciones, en el caso particular de la fijación de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura, el legislador optó por atribuir esta competencia directamente al MTC, al encargarle la responsabilidad de elaborar el Reglamento. Esta función no modifica la naturaleza del MTC, pero la función desplegada para este propósito claramente tiene un componente regulatorio, que no se puede discutir en ejercicio de función de solución de controversias por ser esta una actividad administrativa distinta a aquella, como se ha expuesto previamente.
83. En ese sentido, no corresponde en esta instancia determinar si los criterios empleados por el MTC para calcular los costos de operación y mantenimiento adicionales generados por la compartición de infraestructura son los adecuados o

(Fundamento 139 de la Resolución Impugnada).

¹⁷ “Al respecto, dado que el valor obtenido de 16% para el supuesto de distribución de espacios en los Estados Unidos de América, en específico del estado de Utah, es cercano a los valores obtenidos para el supuesto por la configuración física de los postes de nueve (9) y once (11) metros, equivalentes a 17% y 14%, respectivamente, el MTC concluyó que la información utilizada se encuentra dentro de un margen de variación aceptable. Sin embargo, no optó de forma especial por alguno de los citados valores”.

(Fundamento 140 de la Resolución Impugnada).

¹⁸ “Sin embargo, respecto del segundo supuesto, construido con relación a la información de distribución de espacios en los Estados Unidos de América, no se desarrolló información que identifique el número de cables que soportaría el espacio disponible de la respectiva infraestructura para el estado de Utah”.

(Fundamento 141 de la Resolución Impugnada).

¹⁹ “Adicionalmente a ello, es oportuno resaltar que luego del cálculo del valor de la variable “F” sobre la base de este primer criterio que considera el espacio utilizado, el MTC incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “F” a 20%, lo cual para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, no podría generar certeza a quienes aplican la normativa de banda ancha, de una relación tal entre los valores de la variable “F” y del denominador “Na” que implique que este último sea equivalente a tres (3).

(...)

De otro lado, luego del cálculo del valor de la variable “F” sobre la base del segundo criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica, el MTC incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable “F” obtenido de 15% a 20%. No obstante, a criterio de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, el desarrollo de este criterio tampoco permite generar certeza sobre una relación tal entre el factor “F” y el valor del denominador “Na” que permita concluir que éste último indefectiblemente debía ser igual a tres (3).”

(Fundamento 142 y 147 de la Resolución Impugnada).

²⁰ “Así, a efectos de la determinación del valor “F” considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, se utilizó el ratio entre el peso aproximado de un cable de fibra óptica ADSS y el peso de cada conductor eléctrico, obteniendo como resultado 15%. Sin embargo, el valor obtenido del ratio citado equivale a 12.75% y no a 15%.

(...)

En efecto, el citado Informe no hizo referencia al denominador “Na” al momento de construcción de la variable “F” y, además, presentó inconsistencias para sustentar que el número de fibras era equivalente a tres (3) sobre la base del razonamiento del criterio que considera el peso que soporta la infraestructura eléctrica.”

(Fundamento 146 y 148 de la Resolución Impugnada).

no, ni tampoco prescindir de su aplicación por la alegada existencia de inconsistencias en su determinación. Los cuestionamientos que eventualmente puedan existir sobre el empleo de las variables o el modelo utilizado por el MTC para la determinación de la contraprestación periódica corresponden efectuarse en las vías procedimentales que para tal efecto prevé la ley.

84. El propio MTC reconoce que la definición de la fórmula contenida en la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento parte de supuestos que podrían ser diferentes; sin embargo, para fines regulatorios, opta por los que considera que constituyen un modelo aplicable en todos los casos, para efectos de la determinación de la contraprestación periódica que correspondería pagar a las empresas de telecomunicaciones por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica.
85. Asimismo, resulta necesario resaltar que el Informe N° 251-2013-MTC/26 destaca la dificultad de determinar el costo que la compartición de infraestructura eléctrica puede generar en sus titulares; sin embargo, como parte de la fijación del precio máximo de la contraprestación periódica, asume que el modelo se basa en dos (2) criterios (espacio y peso), aunque precisa que estos podrían ser diferentes. Pese a ello, se inclina por el “arreglo general” y la “buena aproximación” que refleja el resultado de la aplicación de los criterios empleados. En otros términos, se confirma que el valor asignado al parámetro “f” es 20% como resultado de la aplicación de los mencionados criterios de espacio y peso, los cuales se sustentan en la existencia de tres (3) cables de fibra óptica.
86. Como se ha indicado previamente, en ejercicio de la función de solución de controversias, no se puede determinar si el valor asignado a “f” es el idóneo o no, dado que ello constituiría el desarrollo de la función de regulación de precios o, eventualmente, la revisión de los precios previamente fijados. Con mayor razón, como se ha adelantado, no cabe en este procedimiento cuestionar los presupuestos, modelos o el razonamiento económico que sustenta la definición de la fórmula para establecer la contraprestación periódica ni prescindir de ellos para la resolución del presente caso. En esos términos, el cuestionamiento de los modelos o presupuestos adoptados por el MTC en la construcción de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento constituiría una injerencia en el desarrollo de funciones ajenas a la de solución de controversias.
87. En consecuencia, para este Tribunal se puede afirmar que la definición del parámetro “f” obedece a un propósito regulatorio que se materializa a través de una disposición normativa, cuyo sustento y definición estuvo a cargo del MTC. Conforme a esta evaluación, el valor de “f” es 20% y representa el costo de operación y mantenimiento adicional en el que incurre la empresa eléctrica como consecuencia de la compartición de la infraestructura, el cual ha sido construido considerando el espacio que ocuparían y el peso que generarían tres (3) cables de fibra óptica en la infraestructura eléctrica.
88. Lo expuesto permite verificar que en el proceso de determinación de la contraprestación periódica que deben pagar las empresas de telecomunicaciones por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica, la definición de la variable “f” no se encuentra sustentada en la existencia de un (1) cable de fibra óptica, sino en la existencia teórica de tres (3). Esto implica que el modelo regulatorio empleado por el MTC en la construcción de la fórmula no retribuye los costos de operación y mantenimiento adicionales que genera solo un (1) cable de fibra óptica, sino los costos que generan tres (3) cables de fibra óptica.

(iii) La relación entre el parámetro “f” y el valor asignado a la variable “Na”

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

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

Donde:

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

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

$B = 1/Na$.

Donde Na: número de arrendatarios.

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

“B”, que constituye el factor de “distribución de costos” entre los arrendatarios. Ello implica que los costos a los que se refiere este factor son precisamente aquellos que se generan como consecuencia de la compartición, es decir, los costos adicionales de operación y mantenimiento generados por la instalación de cables de telecomunicaciones (“OMc”).

95. De acuerdo a ello, la definición de arrendatario en la fórmula no puede ser entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado para la retribución de la contraprestación periódica. En esos términos, en tanto la variable “Na” forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica y al encontrarse acreditado que estos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica, desplegados por tres (3) operadores de telecomunicaciones, se puede advertir que el valor de la variable “Na” guarda correspondencia con esta cantidad, de modo que puede afirmarse que representa la existencia de tres (3) arrendatarios.
96. Lo expuesto se encuentra alineado con el régimen de compartición de infraestructura eléctrica, previsto en el Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. En dicha norma se precisa que toda retribución y/o costos imputados por la compartición de infraestructura será únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular²¹.
97. En conclusión, si bien la Metodología no contiene un valor expreso asignado a la variable “Na”, a partir de su revisión integral y teniendo en cuenta la información contenida en el Informe N° 251-2013-MTC/26, es posible concluir que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3).

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

98. AZTECA sostuvo que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sustentada en el Informe N° 292-2017-MTC/26, habría desarrollado el razonamiento económico de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento, evidenciándose que el valor del denominador “Na” siempre fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios de la infraestructura eléctrica.
99. Frente a ello, el CCO cuestionó la pertinencia probatoria del Informe N° 292-2017-MTC/26, insistiendo nuevamente en que un documento de esta naturaleza no tendría la condición de exposición de motivos, frente a lo cual corresponde remitirse

²¹ **DECRETO SUPREMO N° 009-2005-MTC, REGLAMENTO DE LA LEY N° 28295 QUE REGULA EL ACCESO Y USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**

Artículo 34.- Metodología para determinar la contraprestación por la compartición de infraestructura de uso público
La contraprestación a retribuir a los dueños de la infraestructura de uso público por la compartición fijada por OSIPTEL en los respectivos mandatos de compartición deberá reflejar los siguientes conceptos y principios:
(...)

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

(...)
(Énfasis añadido)

a lo que ya se ha señalado previamente en esta misma resolución, al evaluar el cuestionamiento del valor probatorio del Informe N° 251-2013-MTC/26.

100. Adicionalmente, el CCO consideró que resultaba necesario determinar si la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 constituía una norma interpretativa o una norma modificatoria del Reglamento respecto del valor del denominador "Na". Luego de esta evaluación, concluyó que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no era una norma interpretativa, por lo que no podría tener efectos retroactivos, y únicamente tenía efectos modificatorios respecto de las variables "f" y "m" de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento, mas no respecto del valor de la variable "Na".
101. De la revisión de los alcances de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no se advierte que tenga el propósito de ser aplicada de manera retroactiva y, como señala el CCO, tampoco dispone la modificación de la variable "Na". Sin embargo, debe indicarse que AZTECA tampoco ha afirmado lo contrario; es más, ha focalizado los argumentos de su pretensión afirmando que este valor no habría sido modificado con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sino que se mantendría igual desde la emisión del Reglamento y que precisamente a raíz de la publicación de esta disposición normativa pudo advertir que el valor del "Na" siempre fue equivalente a tres (3).
102. De acuerdo a ello, carece de objeto determinar si la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 ostenta la condición de una norma interpretativa del valor de "Na" y también se encuentra fuera de discusión su carácter modificatorio de los valores de "f" y "m" contenidos en la fórmula de la Metodología. La importancia de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 reside en que el Informe N° 292-2017-MTC/26, que le sirve de sustento, ratifica la correcta interpretación de la Metodología desde la fecha de su aprobación, con la publicación del Reglamento, que permite entender que el valor de "Na" es equivalente a tres (3).
103. En efecto, de la revisión del Informe N° 292-2017-MTC/26 se puede advertir, con mayor claridad, que el valor de la variable "f" fue dimensionado teniendo en cuenta el despliegue de tres (3) cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica. Precisamente en esta oportunidad se señaló, de manera expresa, que el parámetro "f" se calculó tomando en cuenta la existencia de tres (3) arrendatarios.
104. El CCO consideró que el Informe N° 292-2017-MTC/26 únicamente se habría dirigido a sustentar las variables "f" y "m" de la fórmula metodológica y no contendría sustento y/o esclarecimiento acerca de la definición del valor de "Na" o los parámetros para su definición. Este Tribunal tampoco puede compartir esta apreciación contenida en la Resolución Impugnada, pues de la revisión del Informe N° 292-2017-MTC/26 se puede advertir la existencia de un acápite especialmente dedicado al análisis del parámetro "f" de la Metodología en su formulación original, cuando se aprobó el Reglamento, que se encuentra directamente relacionado con la determinación del valor de la variable "Na". Veamos:

"2.4 Análisis de las variables de "m" y "f" en la metodología del 2013

En esta sección se describen los pasos realizados para la determinación de las variables "m" y "f" en la metodología del año 2013, los cuales fueron válidos para Baja, Media y Alta tensión, según el informe N° 251-2013-MTC/26. Cabe mencionar que, en la propuesta del presente informe, estos valores (m=77% y f=20%) permanecerán vigentes únicamente para el nivel de baja tensión" (sic)

(...)

a. Criterio por espacio

(...)

"Debe hacerse notar que en este criterio por espacio se consideró la posibilidad de tener tres (03) arrendatarios."

(...)

b. Criterio por peso

"Cabe indicar, que en este criterio se consideró la posibilidad de tener tres (03) cables de fibra óptica, que podría atender a tres (03) operadores."

(...)

(Énfasis añadido)

105. Esta explicación descarta los cuestionamientos sobre la relación existente entre el parámetro "f" y la variable "Na", pues claramente se señala que los dos (2) criterios (criterio de espacio y de peso) empleados para la determinación de la fracción del costo adicional de operación y mantenimiento, que representa la compartición de infraestructura, se encuentran definidos considerando la posibilidad de atender a tres (3) arrendatarios.
106. En este punto es pertinente recordar que el Informe N° 251-2013-MTC/26 explicó que el parámetro "f" fue definido asumiendo la existencia de tres (3) cables de fibra óptica, lo que permitía entender que la referencia se encontraba hecha a la posibilidad de que tres (3) empresas de telecomunicaciones desplieguen cada una un (1) cable de fibra óptica. Sobre este punto, la evaluación contenida en el Informe N° 292-2017-MTC/26 es mucho más contundente, pues no se refiere únicamente a que la determinación del costo incremental adicional, como consecuencia de la compartición, haya sido efectuada sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica, sino resalta explícitamente que esta referencia alude a la existencia de tres (3) arrendatarios.
107. Luego, en el mismo Informe N° 292-2017-MTC/26 se incluye un acápite para la evaluación de la actualización de las variables "m" y "f" de la Metodología, que se aprueba con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. También en este acápite se puede advertir que la referencia a los tres (3) cables de fibra óptica es en realidad a los tres (3) arrendatarios que podrían hacer uso de la infraestructura eléctrica.

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

(...)

2.5.1 Actualización de la variable "f"

(...)

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

(Énfasis añadido)

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

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

109. Como parte de su reclamación, AZTECA sostuvo que mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, el Viceministro de Comunicaciones del MTC reconoció que el valor del denominador “Na” era igual a tres (3), con independencia del número efectivo o real de arrendatarios de la infraestructura eléctrica. Sobre este extremo, el CCO consideró que no correspondía atribuir a la referida comunicación un carácter interpretativo o modificadorio, debido a que únicamente podrían tener este carácter los instrumentos jurídicos que se emiten en ejercicio de función normativa.
110. Si bien las modificaciones normativas efectivamente se realizan en ejercicio de potestad normativa, no puede afirmarse lo mismo respecto al carácter interpretativo que pueden tener los documentos de sustento de disposiciones normativas e incluso las opiniones que emiten al respecto las entidades que tienen competencia para tal efecto. Este Tribunal no comparte la afirmación del CCO, debido a que ello implicaría que la posibilidad de desprender el sentido de las disposiciones normativas únicamente podría realizarse mediante disposiciones normativas “interpretativas”. Si ese fuera el caso, el margen de apreciación de los órganos resolutorios, para determinar los alcances de las normas que integran el ordenamiento jurídico, sería simplemente inaplicable.
111. La sentencia del Tribunal Constitucional que cita el CCO se emite al evaluar si una determinada norma puede tener el carácter interpretativo (norma interpretativa), con lo que se permitiría adoptar un determinado sentido a una norma anterior, desde su entrada en vigencia²². Ciertamente, la aprobación de una norma interpretativa declara o fija el sentido de una norma dictada con anterioridad, a fin de eliminar la ambigüedad que pueda existir en el ordenamiento jurídico, de modo que, al estar referidas al mismo ámbito regulado, una norma interpretativa debe regir desde la entrada en vigencia de la norma interpretada.
112. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todos los casos en los que exista ambigüedad al evaluar una norma se resuelven mediante la aprobación *ad hoc* de normas interpretativas. Si bien la existencia de una norma interpretativa puede permitir aclarar la ambigüedad de disposiciones normativas, su inexistencia no impide en modo alguno que la autoridad recurra a los métodos de interpretación para dicho propósito. En buena cuenta, la interpretación del marco normativo no se encuentra, pues, en modo alguno, condicionada a la eventual aprobación de normas de carácter interpretativo.
113. Evidentemente el Oficio N° 520-2017-MTC/03 no tiene naturaleza normativa, no es una norma interpretativa, en el sentido antes expuesto, y tampoco es una norma modificadoria. Es un documento mediante el cual la Administración pública transmite su apreciación respecto de los alcances de una disposición que ha sido emitida por ella. En ese sentido, su valoración no puede limitarse a revisar si ostenta o no carácter normativo, sino principalmente a ponderar el sustento que aporta para resolver la controversia. No es lo mismo recibir la opinión técnica de una entidad que no tiene competencia en una determinada materia, que recibirla de la entidad que ha sido la encargada de aprobar la fórmula para determinar la contraprestación periódica por compartición de infraestructura.
114. El referido oficio, emitido después de la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, señala textualmente lo siguiente:

²² La Sentencia citada fue expedida en el marco de la tramitación del el Expediente N° 0002-2006-PI/TC.

*“Asimismo, teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que arriendan su infraestructura tendrían dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro “Na” (Número de Arrendatarios) del factor B existente en la citada metodología, se considera importante señalar que el valor del parámetro Na es igual a 3 independientemente del número de arrendatarios efectivos”. (sic)
(Énfasis añadido)*

115. De acuerdo a lo que se puede apreciar, la opinión contenida en este oficio corrobora lo expuesto previamente, respecto a que el valor de la variable “Na” es equivalente a tres (3). El MTC no delimita el periodo de la valoración del “Na” hacia adelante, es decir, para el periodo posterior a la publicación de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, sino estima que este es el valor que corresponde a esta variable desde la formulación inicial de la Metodología, como también entiende este Tribunal.
116. Cabe señalar que durante la tramitación del procedimiento en esta instancia, se ha advertido que un órgano del MTC (Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones) emitió una opinión previa mediante el Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, en la que sostuvo que el valor del “Na” correspondería al número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo. Es decir, si una torre eléctrica soporta a un (1) arrendatario, entonces el valor de “Na” sería igual a uno (1), si soporta a dos (2), entonces el valor de “Na” sería igual a dos (2) y así, sucesivamente. Siguiendo este razonamiento, se afirmó que el pago que correspondería realizar a cada arrendatario se reduciría en proporción a “Na”, manteniendo la empresa eléctrica una recaudación constante por el arrendamiento de su infraestructura.
117. A juicio de este Tribunal, la consistencia de esta opinión es cuestionable a la luz de la interpretación efectuada respecto de los alcances de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento. En principio, debe indicarse que fue emitida de manera previa a la expedición del Oficio N° 520-2017-MTC/03, por un órgano jerárquicamente inferior al Viceministerio de Comunicaciones, que es quien expuso una posición definitiva del MTC sobre esta materia.
118. Por otro lado, debe advertirse que el Oficio N° 520-2017-MTC/03, emitido posteriormente, cuenta con el visto del propio órgano que expuso el sustento singular sobre el valor de la variable “Na” en el Oficio N° 579-2017-MTC/26, de manera que se puede afirmar que, luego de su expedición, adecuó su posición, evidenciando la existencia de una apreciación unívoca en el MTC en el sentido que el valor del “Na” es equivalente a tres (3).
119. Por último, es necesario precisar que el sustento expuesto por el Oficio N° 579-2017-MTC/26 es contrario al principio económico que inspira la fórmula prevista en la Metodología, dado que asume erróneamente que el concesionario eléctrico debería mantener una “recaudación constante”, al margen del costo que asumen las empresas de telecomunicaciones por el despliegue de su infraestructura. En otros términos, bajo esta interpretación se privilegiaría la percepción de “ingresos garantizados” a las empresas eléctricas, independientemente de la cantidad de arrendatarios que hagan uso de sus instalaciones, pese a que la construcción de la fórmula se sustenta únicamente en el reconocimiento de costos incrementales. Conforme a ello, la interpretación expuesta en dicha oportunidad no se ajusta a la Metodología.

120. En consecuencia, puede concluirse que la exposición técnica del MTC, se ajusta a la apreciación de este Tribunal respecto al valor de la variable "Na", en el sentido que es equivalente a tres (3), como se ha expuesto previamente.

3.2.7 Sobre los alcances del Mandato de Compartición

121. Como lo han señalado las partes durante el procedimiento, el Mandato de Compartición estableció las condiciones que rigen la relación contractual de compartición entre AZTECA y CONENHUA hacia adelante. Al respecto, el CCO explicó que el Mandato de Compartición pudo determinar que el valor de "Na" era equivalente a tres (3) en ejercicio de la función normativa que ostenta el Consejo Directivo del OSIPTEL. Sin embargo, advirtió que la evaluación contenida en dicho documento no permitía desprender que el valor del denominador "Na" haya sido establecido en la Resolución Viceministerial N° 768-017-MTC/03 o en el Informe N° 292-2017-MTC/26 y tampoco que haya podido ser entendido por las partes desde el inicio de la relación contractual de compartición.
122. Al respecto, es necesario reiterar que los alcances del presente pronunciamiento se circunscriben al periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y el dictado del Mandato de Compartición, que es materia de reclamación. Por tanto, no corresponde en esta instancia evaluar el razonamiento expuesto por el Consejo Directivo del OSIPTEL al emitir el Mandato de Compartición, teniendo en cuenta que su dictado se efectúa siguiendo un trámite determinado y con un propósito distinto al que se persigue en un procedimiento administrativo trilateral de solución de controversias, como el que es materia de evaluación en el presente caso. Lo mismo cabe señalar respecto de los alcances del mandato de compartición entre CONENHUA y la empresa GILAT²³, al que se ha referido el CCO.

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

123. De acuerdo a lo expuesto hasta aquí, se puede afirmar que existe un precio máximo establecido para el pago de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura y que el valor correspondiente a la variable "Na" en la fórmula de la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento es equivalente a tres (3). Siendo así, corresponde evaluar si las pretensiones de la reclamación de AZTECA pueden ser amparadas.
124. AZTECA solicitó como pretensión principal que se declare que la contraprestación fijada en la cláusula cuarta de Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que CONENHUA podía exigir, en tanto el monto pactado se habría calculado aplicando erróneamente la fórmula metodológica contenida en el Anexo 1 del Reglamento, pues al denominador "Na" se le habría atribuido un valor igual a uno (1), cuando en todos los casos debió tener un valor igual a tres (3).
125. Para efectos de evaluar la citada pretensión de AZTECA, resulta necesario verificar los alcances de la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición. Sobre el particular, la cláusula cuarta recoge la definición de las contraprestaciones periódicas que correspondía pagar a AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica de CONENHUA en los siguientes términos:

²³ Este mandato de compartición fue aprobado mediante Resolución N° 023-2016-CD/OSIPTEL del 3 de marzo de 2016.

Cuarta.- Retribuciones

4.1 El acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica será retribuido económicamente por contraprestaciones periódicas, las cuales serán pagadas por AZTECA previa presentación de la factura del mes por parte de CONENHUA. Dicha factura deberá ser presentada dentro de los primeros 5 días hábiles de cada mes. El pago debe realizarse dentro de los siguientes quince (15) días hábiles, contados a partir de la recepción de la factura en las oficinas de AZTECA en Lima.

Dicha retribución es aplicable desde la suscripción del inicio de los trabajos de instalación en campo, lo cual será determinado en función a la fecha de emisión del Permiso de Trabajo inicial.

La Infraestructura Eléctrica objeto del Contrato, está conformada inicialmente por las siguientes instalaciones:

Ítem	Descripción	L-6643 Huancavelica - Ingenio	L-6644 Ingeniosa - Caudalosa	TOTAL
1	Torres de Retención AT de 60kV	35	57	92
2	Torres de Suspensión AT de 60kV	71	124	195

4.2 En contraprestación por el uso de la Infraestructura Eléctrica objeto del presente Contrato, AZTECA pagará mensualmente a CONENHUA el valor mensual que resulte de la suma de las multiplicaciones de los valores unitarios establecidos en el cuadro de precios estipulado en el numeral 4.3 siguiente por el total de la Infraestructura Eléctrica de CONENHUA, señalado en el numeral 4.1.

4.3 La contraprestación por el uso de la infraestructura será calculada conforme los valores unitarios que se presentan a continuación más el IGV respectivo, los mismos que han sido determinados a partir de la aplicación de la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley No. 29904 (Decreto Supremo No. 014-2013-MTC):

Descripción	Valor unitario (*)
Torres de retención de alta tensión de 60kV comprendidas en las líneas de transmisión "Huancavelica - Ingenio" e "Ingeniosa - Caudalosa" (Anexo 1)	USD 50.00
Torres de suspensión de alta tensión de 60kV comprendidas en las líneas de transmisión "Huancavelica - Ingenio" e "Ingeniosa - Caudalosa" (Anexo 1)	USD 44.00

(*) Montos no incluyen IGV.

4.4 Los valores unitarios establecidos en el cuadro de precios estipulado en el numeral 4.3 precedente se reajustarán automáticamente cada enero, aplicando para tal efecto la variación positiva del IPC Nacional (índice de precios al consumidor) acumulado, correspondiente al año previo (enero-diciembre), publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI (<http://www.inei.gob.pe/>), y considerando una variación máxima de cinco por ciento (5%) y permaneciendo estable en caso de una variación negativa.

126. El numeral 4.2 de la cláusula cuarta establece que a AZTECA le correspondía pagar mensualmente la suma de la multiplicación de los valores unitarios establecidos en el numeral 4.3, por el total de la infraestructura eléctrica puesta a disposición por CONENHUA. En el numeral 4.3 se detallan los valores unitarios (precios unitarios) que correspondía pagar por el acceso y uso de cada torre eléctrica, precisando que fueron determinados en aplicación de la fórmula prevista en el Anexo 1 del Reglamento.

127. De acuerdo a ello, la cuestión a evaluar en este rubro exige verificar si los valores o precios unitarios consignados en el Contrato de Compartición superan el precio máximo previsto por la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento, conforme se ha expuesto en el acápite anterior, teniendo en cuenta, particularmente, el valor asignado por las partes a la variable "Na". De la revisión del Contrato de Compartición no se puede desprender directamente la forma en que se aplicó la fórmula para la determinación de la contraprestación periódica. Únicamente se consignan los precios unitarios por dos (2) tipos de infraestructura eléctrica que se comparten, cuyos precios unitarios fueron definidos en US\$ 50.00 y US\$ 44.00.

128. Al respecto, durante la tramitación del procedimiento las partes han aportado elementos que permiten evidenciar la secuencia seguida para la obtención de los

precios unitarios consignados en el Contrato de Participación. En atención a diferentes requerimientos efectuados por el CCO, CONENHUA adjuntó información sobre toda la infraestructura comprendida en los alcances del Contrato de Participación y las comunicaciones cursadas entre las partes en el periodo de negociación previo a su suscripción (correos electrónicos)²⁴. Asimismo, remitió los archivos adjuntos a los correos electrónicos cursados como parte de las negociaciones llevadas a cabo antes de la suscripción del Contrato de Participación. Estos archivos fueron los siguientes:

- (i) "Modelo de cálculo 141127" (correo electrónico del 9 de diciembre de 2014)
- (ii) "Costo Torres 60 kV Hvca – 19-12-2014" (correo electrónico del 22 de diciembre de 2014).
- (iii) "Reunión Precios Conenhua 150116" (correo electrónico del 16 de enero de 2015).
- (iv) "Acuerdo de Responsabilidad. Conenhua. 29. Ene. 15" (correo electrónico del 29 de enero de 2015).

129. AZTECA indicó que no encontró la información relativa a las comunicaciones cursadas con CONENHUA en el periodo previo a la suscripción del Contrato de Participación y que CONENHUA se encontraría en mejor posición para remitir los archivos adjuntos a los correos electrónicos remitidos por esta última. Es pertinente precisar que AZTECA no ha cuestionado la existencia de las comunicaciones cursadas en el periodo de negociación para la suscripción del Contrato de Participación, de modo que los alcances de la documentación alcanzada no constituyen materia controvertida en el presente caso.

130. Siendo así, para determinar el valor asignado a la variable "Na" en el proceso de fijación del precio unitario consignado en la cláusula cuarta del Contrato de Participación, se estima que resulta necesario apreciar la información de los archivos referidos en los puntos (i) y (iii).

131. En el archivo (i), denominado "Modelo de cálculo 141127", se observa la aplicación de la fórmula de la Metodología en una hoja de cálculo, pudiendo advertirse que el valor asignado a "Na" es igual a uno (1).

"Modelo de cálculo 141127"

DESCRIPCION OTO 014-2013-MTC	FORMULACION	VALORES M.T y A.T	N/A CONENHUA VALORES B.T
SUMINISTRO ESTRUCTURA	TP (Soles)	5860	
PARTICIPACION MONTAJE		0.77	0.77
BASE TOTAL CALCULO CONTRAPRESTACION	BT	10372	0
FACTOR DE CALCULO DEL CMS		N/A	0.672
		0.134	N/A
COSTO MENSUAL OPEX SIN COMPARTICION	OMs	115 82	0.00
		0.2	0.2
COSTO MENSUAL OPEX CON COMPARTICION	OMc	23.16	0.00
IMPUESTOS MUNICIPALES	Imp		
NUMERO DE ARRENDATARIOS	Na	1	1
FACTOR DE DISTRIBUCION DE COSTOS			
MARGEN DE UTILIDAD	Im	0.12	
REMUNERACION MENSUAL (Soles)	RM	25.54	0.00
TIPO DE CAMBIO	Dotares a Soles	2.53	2.93
REMUNERACION MENSUAL	RM (US\$)	8.55	0.00

132. En el archivo (iii), denominado "Reunión Precios Conenhua 150116", se puede verificar la existencia de dos (2) cuadros en función al tipo de estructura eléctrica (poste o torre) que sería compartida. En ambos casos se verifica que se asigna a la variable "Na" un valor igual a uno (1).

"Reunión Precios Conenhua 150116"

DESCRIPCION DTO #14-2013-MTC	FORMULACION	VALORES M.T y A.T	DESCRIPCION DTO #14-2013-MTC	FORMULACION	VALORES M.T y A.T
SUBSUMESTRO ESTRUCTURA TIPO 1, 11 298	TP (Soles)	3126	SUBSUMESTRO ESTRUCTURA TIPO 2, 7 831	TP (Soles)	2345
DOLARES		0.72	DOLARES		0.77
PARTICIPACION MONTAJE			PARTICIPACION MONTAJE		
BASE TOTAL CALCULO CONTRAPRESTACION	BT	82956	BASE TOTAL CALCULO CONTRAPRESTACION	BT	40612
FACTOR DE CALCULO DEL OMA	OMa	0.133	FACTOR DE CALCULO DEL OMA	OMa	0.134
COSTO MENSUAL OPEX S/1 COMPARTICION	OMs	10939	COSTO MENSUAL OPEX S/1 COMPARTICION	OMs	53250
COSTO MENSUAL OPEX CONI COMPARTICION	OMc	12147	COSTO MENSUAL OPEX CONI COMPARTICION	OMc	5070
IMPUESTOS MUNICIPALES			IMPUESTOS MUNICIPALES		
NUMERO DE ARRENDATARIOS	Na	1	NUMERO DE ARRENDATARIOS	Na	1
FACTOR DE DISTRIBUCION DE COSTOS			FACTOR DE DISTRIBUCION DE COSTOS		
MARGEN DE UTILIDAD	M	0.12	MARGEN DE UTILIDAD	M	0.12
REMUNERACION MENSUAL (Soles)	RM	14747	REMUNERACION MENSUAL (Soles)	RM	10158
TIPO DE CAMBIO	Dolares a Soles	7.93	TIPO DE CAMBIO	Dolares a Soles	2.92
REMUNERACION MENSUAL	RM (US\$)	50	REMUNERACION MENSUAL	RM (US\$)	35

133. Lo anterior demuestra que de acuerdo a la información proporcionada por CONENHUA, el cálculo de los precios unitarios utilizados para la determinación de los precios unitarios consignados en el Contrato de Participación para el pago de la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura se realizó considerando que el valor de "Na" es equivalente a uno (1).
134. Adicionalmente, es pertinente precisar que durante el procedimiento CONENHUA sostuvo que desde la suscripción del Contrato de Participación hasta el dictado del Mandato de Participación las partes interpretaron que el valor de la variable "Na", para el cálculo de la contraprestación periódica, correspondía al número de "arrendatarios reales", es decir, a los que podía soportar la infraestructura eléctrica y no a tres (3), como habría indicado AZTECA. Ello corrobora que los datos advertidos en los gráficos anteriores llevan a concluir que el valor asignado a la variable "Na" en el Contrato de Participación fue efectivamente equivalente a uno (1).
135. En tales términos, lo expuesto permite corroborar los argumentos de AZTECA respecto a que el valor asignado por las partes a la variable "Na" en el Contrato de Participación fue efectivamente uno (1), pese a que, como se ha señalado en este pronunciamiento, esta variable es equivalente a tres (3).
136. En la medida que la pretensión principal de AZTECA consiste en que se declare que la contraprestación fijada en la cláusula cuarta del Contrato de Participación excede la máxima retribución por contraprestación periódica que le correspondía pagar, resulta necesario previamente proceder a verificar la contraprestación máxima que le correspondía pagar por este concepto.
137. Para tal efecto es necesario considerar todos los componentes de la fórmula prevista en la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. Es decir, la determinación de la contraprestación periódica máxima amerita reemplazar los valores de la infraestructura compartida por CONENHUA en la mencionada fórmula. Este ejercicio se efectúa en el **ANEXO A** de la presente resolución.
138. El resultado del cálculo permite mostrar que la determinación de la contraprestación periódica debía observar la existencia de seis (6) tipos de infraestructura eléctrica. La regulación eléctrica ofrece un valor por cada uno de ellos, por lo que reemplazando valores e incluyendo la información restante de la fórmula, se puede afirmar que la contraprestación periódica que AZTECA debía pagar como precio máximo por el acceso y uso compartido de infraestructura asciende al importe de US\$ 89 959.48; sin embargo, en este periodo pagó el importe ascendente a US\$ 376 732.35.

139. Este cálculo demuestra que la contraprestación periódica fijada en el Contrato de Compartición efectivamente excede la máxima retribución por el acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica que CONENHUA podía exigir a AZTECA, por lo que este Tribunal considera que corresponde revocar la Resolución Impugnada y declarar fundada la reclamación respecto a este extremo, quedando pendiente determinar si existe importe que deba ser devuelto.

3.4 Sobre la pretensión de devolución del importe cobrado en exceso

140. La pretensión accesoria planteada por AZTECA consiste en la devolución de lo que habría pagado en exceso como consecuencia de la aplicación incorrecta del valor de la variable "Na" en el Contrato de Compartición. En la misma pretensión se solicita que, en caso no se acoja el pedido devolución, se ordene que el referido monto se compense con los montos consignados en facturas que emitirá CONENHUA a AZTECA en el futuro por el mismo concepto.

"Solicitamos como pretensión accesoria de la primera pretensión principal, que se ordene a CONENHUA la devolución de un monto ascendente a US\$ 319 306.62 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 o, en su defecto, se ordene que este monto se compense con los montos consignados en las facturas que emitirá CONENHUA a AZTECA en el futuro por el uso de su infraestructura. (...)"²⁵

141. Para evaluar esta pretensión accesoria, se debe determinar previamente si existió un importe pagado en exceso por AZTECA. Ello implica evaluar los documentos aportados por esta empresa como sustento de los desembolsos efectuados en el periodo que es objeto de esta controversia, es decir, en el periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y el dictado del Mandato de Compartición.
142. En el **ANEXO B** se ha procedido a realizar el mencionado cálculo. El resultado permite afirmar que AZTECA pagó a CONENHUA un importe total ascendente a US\$ 376 732.35, cuando debió pagar el importe ascendente a US\$ 89 959.48. La diferencia entre ambos conceptos permite concluir que el monto cobrado o pagado en exceso es equivalente a US\$ 286 772.87. Este importe es menor que el requerido por AZTECA como parte de su pretensión accesoria.
143. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal considera que corresponde estimar parcialmente el pedido de devolución al que se refiere AZTECA. En tal sentido, carece de objeto evaluar la pertinencia de disponer la compensación de dicho importe con los facturados posteriormente, dado que su evaluación se encontraba condicionada a la eventual desestimación del pedido de devolución.

3.5 Sobre la presunta existencia de infracción administrativa

144. Al haberse verificado que CONENHUA y AZTECA suscribieron un acuerdo fijando una contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura, superior al precio máximo establecido en el marco normativo, corresponde remitir la presente resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Gerencia de Fiscalización y Sanción del OSIPTEL para la adopción de las acciones que consideren pertinentes en el marco de sus competencias, teniendo en cuenta que la Ley de Banda Ancha considera que constituye infracción administrativa el

²⁵

El texto corresponde al escrito del 9 de octubre de 2018, mediante el cual AZTECA precisó su pretensión accesoria.

incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación por el régimen de compartición de infraestructura.

HA RESUELTO:

Artículo Primero: REVOCAR la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 014-2019-CCO/OSIPTEL, emitida por Cuerpo Colegiado Ad Hoc, mediante la cual declaró infundada la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Consorcio Energético de Huancavelica S.A. y, reformándola, se declara FUNDADA la pretensión principal y FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo Segundo: ORDENAR a Consorcio Energético de Huancavelica S.A. la devolución del importe ascendente a la suma de US\$ 286 772.87, correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo Tercero: ENCARGAR a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias la remisión de la presente resolución a la Gerencia de Fiscalización y Sanción del OSIPTEL y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

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



EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA
Presidente

ANEXO A
IMPORTE MÁXIMO A PAGAR POR CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA

- El objeto de la reclamación abarca el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición y la emisión del Mandato de Compartición; sin embargo, AZTECA ha delimitado el objeto de su pretensión de devolución al periodo comprendido entre marzo de 2015 y agosto de 2017. Ello obedece a que luego de ese periodo comenzó a pagar la contraprestación periódica conforme a lo establecido en la Metodología.
- De acuerdo a la información contenida en el Contrato de Compartición, CONENHUA puso a disposición de AZTECA 287 estructuras, las cuales se agrupan en seis (6) tipos en función a sus características, atendiendo la codificación y valorización efectuada por la regulación eléctrica²⁶. El siguiente cuadro muestra la valorización de los seis (6) tipos de infraestructura eléctrica en el periodo que comprende la reclamación.

Código	Número de estructuras	Detalle	Resoluciones de OSINERGMIN				2018-F	2019-F
			Res. 062/2015	Res. 063/2015	Res. 047/2017	RVM 2017		
			2015	2016-F	2017-F	2017-F		
TAD05R1S1C1120FS+6	79	Torre de suspensión tipo S1 (5°) Tipo S1+6	7.672	7.092	4.779	4.779	8.422	7.456
TAD05R1S1C1120FS+6	118	Torre de suspensión tipo S1 (5°) Tipo S1+6	7.323	6.641	4.475	4.475	8.014	6.993
TAD05R1S1C1120FA+3	58	Torre de ángulo menor tipo A1 (30°) Tipo A1+3	10.092	9.081	6.120	6.120	9.294	8.253
TAD05R1S1C1120FA+3	17	Torre de ángulo menor tipo A1 (30°) Tipo A1+3	10.768	9.698	6.535	6.535	9.782	10.212
TAD05R1S1C1120FR+3	5	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3	18.858	18.082	11.247	11.247	15.283	17.088
TAD05R1S1C1120FR+3	13	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3	17.692	16.002	10.220	10.220	14.405	16.761

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

Código	Número de estructuras	Detalle de estructura	2015-F	2016-F	2017-F	2017-F	2018-F	2019-F
TAD05R1S1C1120FS+6	79	Torre de suspensión tipo S1 (5°) Tipo S1+6	\$19.59	\$9.40	\$9.40	\$9.10	\$8.10	\$8.50
TAD05R1S1C1120FS+6	118	Torre de suspensión tipo S1 (5°) Tipo S1+6	\$9.80	\$8.80	\$8.00	\$8.00	\$7.60	\$8.80
TAD05R1S1C1120FA+3	58	Torre de ángulo menor tipo A1 (30°) Tipo A1+3	\$14.40	\$12.90	\$8.70	\$8.70	\$12.40	\$12.90
TAD05R1S1C1120FA+3	17	Torre de ángulo menor tipo A1 (30°) Tipo A1+3	\$14.30	\$12.90	\$8.70	\$8.30	\$11.20	\$12.90
TAD05R1S1C1120FR+3	5	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3	\$28.10	\$28.10	\$15.20	\$14.80	\$19.50	\$22.70
TAD05R1S1C1120FR+3	13	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3	\$22.50	\$21.20	\$12.20	\$12.80	\$18.30	\$21.20

- AZTECA consideró que en el periodo comprendido entre marzo de 2015 y agosto de 2017 solo le correspondía pagar US\$ 57 425.80, por lo que señaló que el importe que habría sido pagado en exceso por la aplicación incorrecta de la fórmula ascendería a la suma de US\$ 319 306.62; sin embargo, teniendo en cuenta los valores del gráfico anterior, se puede determinar que le importe que le correspondía pagar a AZTECA en el periodo en discusión ascendía a la suma de US\$ 89 959.48, como se aprecia a continuación:

Código	Número de estructuras	Detalle de estructura	Del 12/03/2015 al 01/04/2016	Del 02/04/2016 al 31/03/2017	Del 01/04/2017 al 08/08/2017	Del 09/08/2017 al 31/08/2017	Total
TAD05R1S1C1120FS+6	79	Torre de suspensión tipo S1 (5°) Tipo S1+6	\$830	\$743	\$508	\$482	\$2,563
TAD05R1S1C1120FS+6	118	Torre de suspensión tipo S1 (5°) Tipo S1+6	\$1,147	\$1,012	\$690	\$658	\$3,495
TAD05R1S1C1120FA+3	58	Torre de ángulo menor tipo A1 (30°) Tipo A1+3	\$777	\$702	\$470	\$452	\$2,401
TAD05R1S1C1120FA+3	17	Torre de ángulo menor tipo A1 (30°) Tipo A1+3	\$243	\$219	\$148	\$143	\$753
TAD05R1S1C1120FR+3	5	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3	\$326	\$326	\$178	\$177	\$1,007
TAD05R1S1C1120FR+3	13	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo R1+3	\$3,408	\$3,054	\$2,075	\$1,980	\$10,517
	287		\$43,096	\$38,587	\$26,338	\$25,661	\$135,682

- Es importante señalar que el importe de la contraprestación periódica que correspondía pagar a AZTECA por cada tipo de infraestructura compartida por

²⁶ La variable "TP" de la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento es la que se refiere al costo de las torres o postes regulados del sector de energía. Conforme a ello, para obtener los valores de la infraestructura de CONENHUA en el periodo de reclamación, se ha tomado en cuenta la información de las resoluciones emitidas por el OSINERGMIN, que contienen la "Base de Datos de los Módulos Estándar de Inversión en Sistemas de Transmisión" y sus respectivas actualizaciones anuales.

CONENHUA no es uniforme, dado que el valor de la infraestructura eléctrica varía en función a la actualización de la regulación eléctrica que aprueba OSINERGIMN anualmente²⁷.

* * *

27

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

ANEXO B
IMPORTE PAGADO EN EXCESO EN EL PERIODO DE RECLAMACIÓN

1. De acuerdo a la reclamación, AZTECA indica que pagó a CONENHUA el importe ascendente a US\$ 376 732.35 (US\$ 444 544.26, incluido IGV) en el periodo comprendido entre marzo de 2015 y agosto de 2017. El siguiente cuadro, que se sustenta en la información remitida por la propia reclamante, resume la generación de estos pagos:

Factura	Descripción	Fecha	Valor Vta. Unit.	Precio Vta. Unit.
F090 - 00000485	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - AGOSTO 2017	4/08/2017	13,620.45	16,072.13
F090 - 00000411	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - JULIO 2017	5/07/2017	13,620.45	16,072.13
F090 - 00000330	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - JUNIO 2017	5/06/2017	13,620.45	16,072.13
F090 - 00000267	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - MAYO 2017	4/05/2017	13,620.45	16,072.13
F090 - 00000197	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - ABRIL 2017	4/04/2017	13,620.45	16,072.13
F090 - 00000146	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - MARZO 2017	8/03/2017	13,620.45	16,072.13
F090 - 00000088	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - FEBRERO 2017	1/02/2017	13,620.45	16,072.13
F090 - 00000019	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - ENERO 2017	2/01/2017		
F001 - 00000707	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - DICIEMBRE 2016	1/12/2016	13,564.10	16,005.64
F001 - 00000646	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - NOVIEMBRE 2016	3/11/2016	13,564.10	16,005.64
F001 - 00000576	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - OCTUBRE 2016	3/10/2016	13,564.10	16,005.64
F001 - 00000516	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - SETIEMBRE 2016	2/09/2016	13,564.10	16,005.64
F001 - 00000457	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - AGOSTO 2016	2/08/2016	13,564.10	16,005.64
F001 - 00000394	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - JULIO 2016	1/07/2016	13,564.10	16,005.64
F001 - 00000335	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - JUNIO 2016	1/06/2016	13,564.10	16,005.64
F001 - 00000275	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - MAYO 2016	2/05/2016	13,180.00	15,552.40
F001 - 00000216	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - ABRIL 2016	1/04/2016		
F001 - 00000157	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - MARZO 2016	3/03/2016	13,180.00	15,552.40
F001 - 00000088	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - FEBRERO 2016	4/02/2016	13,180.00	15,552.40
F001 - 00000021	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - ENERO 2016	6/01/2016	13,180.00	15,552.40
F001 - 00000015	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - MAYO 2016	26/05/2016	384.10	453.24
F001 - 00000014	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - ABRIL 2016	26/05/2016	384.10	453.24
F001 - 00000013	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - MARZO 2016	26/05/2016	384.10	453.24
F001 - 00000012	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - FEBRERO 2016	26/05/2016	384.10	453.24
F001 - 00000011	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - ENERO 2016	26/05/2016	384.10	453.24
001 - 0008060	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - DICIEMBRE 2015	3/12/2015	13,180.00	15,552.40
001 - 0007997	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - NOVIEMBRE 2015	3/11/2015	13,180.00	15,552.40
001 - 0007949	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - OCTUBRE 2015	2/10/2015	13,180.00	15,552.40
001 - 0007877	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - SETIEMBRE 2015	3/09/2015	13,180.00	15,552.40
001 - 0007817	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - AGOSTO 2015	2/08/2015	13,180.00	15,552.40
001 - 0007772	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - JULIO 2015	2/07/2015	13,180.00	15,552.40
001 - 0007712	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - JUNIO 2015	2/06/2015	13,180.00	15,552.40
001 - 0007639	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - MAYO 2015	4/05/2015	13,180.00	15,552.40
001 - 0007590	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - ABRIL 2015	10/04/2015	13,180.00	15,552.40
001 - 0007543	Acceso a infraestructura eléctrica de CONENHUA - MARZO 2015	13/03/2015	13,180.00	15,552.40
			376,732.35	444,544.20

2. Para acreditar esta pretensión AZTECA ha adjuntado documentos (facturas, constancias de pago y otros) que no han sido cuestionados por CONENHUA. La reclamada ha sostenido que estos pagos se ajustarían a los términos previstos en el Contrato de Compartición, por lo que su efectivo desembolso no constituye materia en discusión.
3. Como se ha determinado en el **ANEXO A**, el importe total que correspondía pagar a AZTECA por contraprestación periódica asciende a US\$ 89 959.48; sin embargo, se encuentra acreditado que en este mismo periodo efectuó un pago total de US\$ 376 732.35. Estos datos permiten concluir que el importe en exceso pagado por AZTECA asciende a la suma de US\$ 286 772.87.

* * *