TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

RESOLUCIÓN N° 006-2020-TSC/OSIPTEL

Lima, **31 de julio de 2020**

EXPEDIENTE	:	013-2018-CCO-ST/CI
RECLAMANTE	:	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
RECLAMADA	:	Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.
MATERIA	:	Acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica
PROCEDENCIA	:	Cuerpo Colegiado Ad Hoc

SUMILLA*: Se REVOCA la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 015-2019-CCO/OSIPTEL, emitida por Cuerpo Colegiado Ad Hoc, mediante la cual declaró fundada en parte la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. y, reformándola, se declaran FUNDADAS la pretensión principal y accesoria.*
Asimismo, se ORDENA a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. la devolución del importe ascendente a la suma de US$ 515 797.17, 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.

VISTOS:

(i) El Expediente N° 013-2018-CCO-ST/CI (Cuaderno Principal).
(ii) El recurso de apelación del 20 de enero de 2020, interpuesto por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra la Resolución N° 015-2019-CCO/OSIPTEL del 20 de diciembre de 2019, (en adelante, Resolución Impugnada), emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc[1] (en adelante, el CCO).
(iii) El escrito de absolución presentado por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (en adelante, SEAL) con fecha 28 de febrero de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 15 de octubre de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra SEAL 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° 231-2018-CD/OSIPTEL del 25 de octubre de 2018.

Uso de Infraestructura Eléctrica (en adelante, Contrato de Compartición[2]), 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 sexta de Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que SEAL 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 accesoria.- Se ordene a SEAL la devolución de un monto ascendente a US$ 515,797.17, 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° 134-2018-CD/OSIPTEL del 8 de junio 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 SEAL 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 1 de julio de 2015.

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

(iii) AZTECA solicitó a SEAL 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, SEAL 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 SEAL 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, 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 SEAL 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 SEAL.

(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.

<u>Sobre la devolución de lo pagado en exceso</u>

(xv) 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, SEAL 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 con esta información, desde

el inicio de la relación de compartición (1 de julio de 2015) hasta la emisión del Mandato de Compartición (8 de junio de 2018), AZTECA abonó un monto total de US$ 574 079.17, cuando legalmente SEAL solo podía exigir un monto máximo de US$ 49 956.00, lo que permite advertir que se pagó en exceso un monto ascendente a US$ 515 797.17.

Sobre la competencia del CCO

(xvi) El CCO es competente para resolver toda controversia existente con anterioridad a la emisión del Mandato de Compartición. Ha sido reconocido por el propio Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC) que ante una controversia vinculada a la contraprestación por uso compartido de infraestructura, será el Consejo Directivo del OSIPTEL, a través de un mandato, quien emitirá un pronunciamiento con efectos a futuro, mientras el CCO y, en segunda instancia, el TSC, serán quienes resolverán cualquier discrepancia sobre la retribución que se mantenga en un periodo anterior al Mandato de Compartición.

4. Mediante Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL del 5 de noviembre de 2018, el CCO admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra SEAL.

5. El 3 de diciembre de 2018, SEAL contestó la reclamación interponiendo una excepción de convenio arbitral y solicitando que sea declarada improcedente y/o infundada. Asimismo, expuso los siguientes argumentos:

(i) AZTECA pretende que se modifique la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición. Si se le atribuye validez al Mandato de Compartición, ello implica que existió una modificación contractual, por lo que el pedido de AZTECA es contradictorio a las medidas que solicita al OSIPTEL.

(ii) AZTECA no respetó el Contrato de Compartición respecto al procedimiento preestablecido para cuestionar las facturaciones, pues nunca ejerció su derecho de formular observaciones al monto facturado por la contraprestación en el plazo determinado contractualmente.

(iii) La metodología para determinar el precio de la contraprestación se adecúa al marco normativo vigente, no existiendo ilegalidad. El OSIPTEL no tiene competencia para regular la Metodología y concluir que el denominador “Na” corresponde a un número fijo, pues involucra asumir competencias no atribuidas por ley. Adicionalmente, admitir que el “Na” es un número fijo implicaría crear ficciones y asumir la existencia de arrendatarios distintos a quienes efectivamente tienen dicha condición, cuando precisamente la variable “B”, vinculada al denominador “Na”, es un factor de distribución entre los arrendatarios “concretos”.

(iv) No existe norma que disponga que el factor “Na” es igual a tres (3). Además, no puede argumentarse que el denominador “Na” siempre fue igual a tres (3), pues de ser así no hubiera existido una modificación contractual mediante el Mandato de Compartición.

6. Mediante Resolución N° 010-2019-CCO/OSIPTEL del 11 de junio de 2019, el CCO requirió a ambas partes la presentación de diversa información para evaluar la

controversia. Este requerimiento fue atendido por AZTECA y SEAL el 25 de junio de 2019 y el 2 de julio de 2019, respectivamente.

7. Mediante Resolución N° 011-2019-CCO/OSIPTEL del 15 de julio de 2019, el CCO realizó un segundo requerimiento de información a ambas partes. Este requerimiento fue atendido por AZTECA y SEAL con fecha 2 de agosto de 2019.

8. Mediante Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL del 13 de agosto de 2019, el CCO requirió a SEAL la remisión de información adicional. Este requerimiento fue atendido el 23 de agosto de 2019.

9. Mediante escritos del 19 y 20 de setiembre de 2019, AZTECA y SEAL presentaron sus alegatos finales, respectivamente.

10. Mediante Oficio N° 654-STCCO/2019 del 11 de noviembre de 2019, la STCCO requirió a SEAL la remisión de la información solicitada en la audiencia de informe oral realizada el 8 de noviembre de 2019. Este requerimiento fue atendido por SEAL el 18 de noviembre de 2019.

11. Mediante Resolución Impugnada, el CCO declaró fundada en parte la reclamación de AZTECA. Asimismo, declaró fundada la pretensión accesoria en el extremo referido a la devolución de la contraprestación por el arrendamiento de 93 estructuras eléctricas correspondientes a las facturaciones de abril hasta agosto de 2016, y de 89 estructuras eléctricas correspondientes a las facturaciones de setiembre de 2016 hasta enero de 2017. De igual manera, declaró infundada la pretensión accesoria en el extremo referido a la devolución de la contraprestación por el arrendamiento de estructuras eléctricas ajenas a las mencionadas, correspondientes a noviembre de 2015 y al periodo entre enero de 2016 y enero de 2017. Los fundamentos expuestos en dicho pronunciamiento fueron los siguientes:

<u>Sobre el valor de “Na” en la Metodología</u>

(i) 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 habérsele 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”, 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.

(ii) Con la expedición de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, que modifica los valores del “m” y “f” de la 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.

(iii) Si bien la fórmula no asignó un valor concreto al denominador “Na”, ello no implica que la determinación de dicho denominador se haya dejado a la voluntad de las partes, debido a que es un componente de una fórmula regulada de observancia obligatoria para la calcular la contraprestación periódica, pues busca asegurar el despliegue y correcto funcionamiento de las redes de telecomunicaciones para la provisión de banda ancha.

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

(iv) Las partes pactaron en la cláusula sexta del Contrato de Compartición las condiciones para las retribuciones económicas, acordando un valor unitario mensual por cada torre utilizada. Al respecto, a pesar de que no es posible observar el valor asignado al "Na", de la revisión de lo expresado por ambas partes, se evidencia que atribuyeron al denominador "Na" un valor equivalente a uno (1).

Sobre la interpretación del denominador "Na" en el marco de la Metodología

(v) A la fecha de suscripción del Contrato de Compartición, la Ley de Banda Ancha y el Reglamento (con anterioridad a la modificación realizada mediante la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03) eran el único marco normativo vigente al que las partes se encontraban sometidas, a efectos de asignar un valor al denominador "Na".

(vi) El Reglamento define de manera clara al denominador "Na" como "número de arrendatarios", no se le asignó expresamente un valor fijo. El Informe N° 251-2013-MTC/26, que sustenta el Reglamento, no asignó un valor de tres (3) al denominador "Na" ni genera certeza sobre una vinculación entre la variable "f" y el denominador "Na". Por otro lado, la exposición de motivos de la Resolución Ministerial N° 338-2013-MTC/03, que dispuso la publicación del proyecto del Reglamento, tampoco contiene un mayor desarrollo sobre la Metodología.

(vii) Dado que la Ley de Banda Ancha y su Reglamento únicamente delimitaron el factor "B" como el "factor de distribución de costos solo entre los arrendatarios", las partes válidamente asumieron que el valor del denominador "Na" (número de arrendatarios) era equivalente al número de arrendatarios que efectivamente hacían uso de la infraestructura.

Sobre el Informe N° 251-2013-MTC/26

(viii) El Informe N° 251-2013-MTC/26, además de no tener carácter normativo ni haber estado disponible a las partes, 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.

(ix) El margen de seguridad adicional que incluyó el MTC, por el que incrementó el valor de la variable "f" a 20%, distorsiona la posibilidad de advertir un vínculo entre los valores de la variable "f" y del denominador "Na" y, a su vez, que esto implique un "Na" equivalente a tres (3).

(x) El Informe N° 251-2013-MTC/26 no hizo referencia al denominador "Na" al construir la variable "f", por lo que si bien contempló la posibilidad de la existencia de hasta tres (3) cables de fibra óptica para sustentar el razonamiento del criterio que considera el espacio utilizado, ello no permite inferir un valor constante de tres (3) para el "Na". De igual manera, el criterio referido al peso que soporta la infraestructura tampoco permite concluir indubitablemente una relación de interdependencia entre el factor "f" y el valor del denominador "Na" que permitiera determinar que este último es igual a tres (3). Por tanto, sin perjuicio de no haber sido un documento de

conocimiento de las partes, no resulta posible concluir que el Informe N° 251-2013-MTC/26 determina que la contraprestación periódica regulada para el denominador "Na" equivale a tres (3).

Sobre la Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03 y su exposición de motivos

(xi) Como parte del sustento de la exposición de motivos del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables "m" y "f" de la Metodología (Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03), el MTC realizó una simulación de la aplicación de la fórmula, a efectos de comparar los resultados de los montos de las contraprestaciones obtenidos a partir de los valores vigentes (aprobados en el 2013) y los valores de la propuesta de modificación del 2015. Al respecto, el MTC asumió como uno de los supuestos que el arrendamiento es provisto solo a una empresa de telecomunicaciones, consignando para ello un valor de uno (1) y calculando las remuneraciones mensuales con este denominador. De esta manera, puede inferirse que el denominador "Na", conforme fue concebido en el año 2013, es una variable que responde al número efectivo de arrendatarios.

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

(xii) La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 (sustentado en el Informe Nº 292-2017-MTC/26) no es 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".

(xiii) 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).

(xiv) 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 los Informes y exposición de motivos que sustentan los proyectos de modificación de la Metodología

(xv) La simulación realizada en la exposición de motivos del proyecto de modificación del 2015, utilizando los valores vigentes aprobados en el 2013, ha sido también realizada en los proyectos de modificación de febrero de 2017 (Informe N° 040-2017-MTC/26) y julio de 2017 (Informe N° 256-2017-MTC/26), considerándose los mismos supuestos, entre ellos, que el arrendamiento es provisto por una sola empresa de telecomunicaciones, aplicando un "Na" igual a uno (1) para calcular la remuneración mensual, es decir, en función al número de arrendatarios efectivos.

(xvi) Si bien el MTC no ha señalado de forma expresa en la normativa vigente el valor del denominador "Na", se advierte que en el Informe N° 256-2017-MTC/26 sí se indica que la fórmula vigente (del año 2013) considera un valor del denominador "Na" dinámico, es decir, en función del número efectivo de arrendatarios, lo que guarda coherencia con las simulaciones realizadas.

Sobre el Oficio N° 579-2017-MTC/03 y N° 520-2017-MTC/03

(xvii) No corresponde atribuir al Oficio N° 520-2017-MTC/03 un carácter interpretativo vinculante (desde la vigencia del Reglamento), debido a que la modificación o interpretación con carácter retroactivo de las disposiciones del Reglamento, como el denominador "Na", debe realizarse mediante el mismo instrumento que se utilizó para su emisión, esto es, un decreto supremo, sin perjuicio de que pueda ser valorado al resolver.

(xviii) A la fecha de emisión de los Oficios N° 520-2017-MTC/03 (que indicaba que el denominador "Na" era igual a tres (3) y N° 579-2017-MTC/26 (que indicaba que el denominador "Na" era igual al número efectivo de arrendatarios), tanto el Viceministro de Comunicaciones del MTC, como el Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones no contaban con la facultad expresa de atender consultas técnico-normativas en materia de comunicaciones, según el Reglamento de Organización y Funciones del MTC.

(xix) Sin perjuicio de lo anterior, las divergentes opiniones respecto del valor del denominador "Na" evidencian que, pese a la emisión de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, el órgano encargado de la emisión y elaboración del Informe N° 292-2017-MTC/23 consideraba que el denominador "Na" corresponde ser entendido como "número de arrendatarios efectivos" en el punto de apoyo.

Sobre el Mandato de Compartición

(xx) No es posible atribuir el valor de tres (3) al denominador "Na" desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, pues dicho valor resulta aplicable a partir de lo dispuesto en el Mandato de Compartición emitido por el Consejo Directivo de OSIPTEL en ejercicio de su facultad normativa y considerando la modificación al Reglamento de la Ley de Banda Ancha efectuada con Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03.

(xxi) Considerando que el procedimiento de emisión del Mandato de Compartición y el presente procedimiento generan efectos diferentes en periodos de la relación de compartición entre AZTECA y SEAL, no tiene sustento lo alegado por SEAL con relación a que al estimarse la reclamación se desconocería la procedencia del Mandato de Compartición, que modificó el Contrato de Compartición.

Sobre la existencia de otros arrendatarios

(xxii) Al inicio de la relación de compartición de infraestructura (1 de julio de 2015), AZTECA era la única arrendataria de las estructuras eléctricas de SEAL. Posteriormente, SEAL arrendó las mismas estructuras a otras cinco (5) empresas de telecomunicaciones. Luego de ello, en abril de 2016, AZTECA arrendó noventa y tres (93) estructuras adicionales, que también se encontraban siendo arrendadas por una de las otras cinco (5) empresas.

(xxiii) El valor del denominador "Na" utilizado por las partes para la determinación de la contraprestación correspondió al número de arrendatarios efectivos, en tanto que, a la fecha del inicio de la relación de compartición, AZTECA fue la primera empresa arrendataria de las estructuras eléctricas de SEAL, por lo que se consignó al denominador "Na" un valor igual a uno (1). De otro lado, con relación a las noventa y tres (93) estructuras que fueron adicionalmente arrendadas por AZTECA, se aprecia que las partes no fijaron el valor del denominador "Na" conforme con la Metodología, por cuanto las partes asignaron al denominador "Na" un valor igual a uno (1), pese a que AZTECA fue la segunda empresa arrendataria de estas.

Sobre el monto reclamado por AZTECA

(xxiv) Corresponde aplicar el "Na" con un valor de dos (2) para calcular la remuneración mensual respecto a las noventa y tres (93) estructuras eléctricas compartidas por AZTECA y otra empresa de telecomunicaciones, en tanto al suscribir el Contrato de Compartición en abril de 2016 existían dos (2) arrendatarios efectivos. Por tanto, el monto que AZTECA habría pagado en exceso por el uso de la infraestructura de SEAL asciende a US$ 3,460.71 (sin IGV).

12. Mediante escrito del 20 de enero de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Impugnada, solicitando que se revoque en su integridad, atendiendo a los siguientes argumentos:

Sobre la evaluación realizada por el CCO

(v) El CCO no evaluó el razonamiento económico de la fórmula, a la luz del informe técnico que sustenta la Metodología vigente a la fecha de la suscripción del Contrato de Compartición, a fin de determinar cuál es el valor correcto de la variable "Na" y, por ende, el valor del precio máximo. Al respecto, resulta ilegal que el CCO decida analizar cuál es el valor legal del denominador "Na" con la información de los documentos que eran públicos para las partes a la fecha de la suscripción del Contrato de Compartición, permitiendo que se infiera que las normas regulatorias no son exigibles cuando las partes desconocen cómo se aplican.

Sobre el precio máximo regulado

(vi) La contraprestación por el uso compartido de la infraestructura eléctrica no es un aspecto sobre el cual las partes puedan pactar libremente sin restricciones, pues no pueden establecer un valor por encima del tope regulatorio.

(vii) Como ha afirmado el TSC en un pronunciamiento anterior, es abiertamente ilegal cualquier pacto de una contraprestación por encima del precio máximo que resulte de la aplicación de la Metodología, pues las partes deben someterse a la regulación imperativa prevista para el despliegue y operación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, RDNFO). En tal sentido, la falta de conocimiento de la aplicación correcta de la Metodología o de los documentos que la sustentaron no puede justificar que las partes establezcan pactos que contravengan el marco regulatorio imperativo, excediendo el máximo legal.

(viii) En aplicación al principio de verdad material y para verificar la legalidad de la contraprestación, se hace necesario valorar los alcances del Informe N° 251-2013-MTC/26 que sustentó la Metodología.

(ix) A diferencia de lo que concluye el CCO, la sola lectura del Anexo 1 del Reglamento no permite determinar cuál es el valor legal del denominador "Na". Por el contrario, como de la lectura de la norma se pueden desprender al menos tres (3) posibles interpretaciones (número de arrendatarios efectivos, número de arrendatarios que puede albergar la infraestructura y número de arrendatarios que asumió el MTC como presupuesto al elaborar la Metodología), determinar el valor legal asignado por el MTC amerita que se evalúe toda la documentación referida a dar sustento técnico-económico a la Metodología. Por tanto, la decisión del CCO no se encuentra debidamente fundamentada, pues evidencia que no ha buscado identificar el valor legal al omitir la revisión de la referida documentación.

<u>Sobre la exposición de motivos de la Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03 y los proyectos de modificación de 2017</u>

(x) El CCO sustentó su conclusión de que el "Na" es igual al número efectivo de arrendatarios en la exposición de motivos del proyecto de Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables "m" y "f" de la Metodología (Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03), así como en los proyectos de modificación de 2017. Sin embargo, estos documentos nunca tuvieron efectos reales en el ordenamiento jurídico, por lo que no resultan válidos para precisar aspectos vinculados a la contraprestación de la relación de compartición. En ese sentido, no resulta posible que se le atribuya mayor valor al contenido de estos documentos que al Informe N° 251-2013-MTC/26 que desarrolla los motivos por los cuales el MTC asumió determinados valores en las variables de la fórmula metodológica.

(xi) Sin perjuicio de lo anterior, la exposición de motivos del proyecto de Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03 se aleja de lo concluido por el CCO, pues el ejercicio realizado por el MTC para determinar los valores de retribución constituye una hipótesis de trabajo, que grafica cómo pueden cambiarse los valores de la retribución por compartición de infraestructura, empleando un supuesto distinto al del Reglamento: la existencia de un solo arrendatario (Na=1). En consecuencia, no es correcto concluir que el valor legal del denominador "Na" equivale al número efectivo de arrendatarios basándose en la revisión de un escenario de simulación, realizado en proyectos de norma.

(xii) Los referidos proyectos de norma han permitido graficar la posición de AZTECA, esto es, la interdependencia entre las variables "f" y "Na". Dependiendo del presupuesto económico que asuma el MTC (tres o un arrendatario), el valor del costo incremental "f" cambiará. Por ello, la postura de AZTECA evidencia que el porcentaje de "f" es tres (3) veces superior en lo previsto en el Reglamento y la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, a diferencia de lo dispuesto en los proyectos de resolución viceministerial, que consideran únicamente un arrendatario.

Sobre el Informe N° 251-2013-MTC/26

(xiii) Si bien el Informe N° 251-2013-MTC/26 no es una exposición de motivos, la controversia responde a un asunto técnico, para cuya resolución no podría apelarse a un tema netamente jurídico, sino que debe buscarse en la apreciación de las razones técnico-económicas que fundamentaron la creación de la Metodología. Este informe establece un parámetro para determinar la relación entre las variables "f" y "Na" de la Metodología, así como permite concluir que el valor del denominador "Na" es tres (3).

(xiv) El Informe N° 251-2013-MTC/26 es claro en señalar que ha contemplado la existencia de tres (3) cables de fibra óptica para calcular el porcentaje de "f". Desde la emisión del Reglamento, el MTC asumió, para efectos de la construcción de la fórmula de la Metodología, que una infraestructura tenía el apoyo de tres (3) cables de fibra óptica. Por ello, el costo incremental siempre debió ser dividido entre tres (3) y, por ende, el valor de "Na" siempre debió ser igual tres (3), a efectos de identificar cuál es el costo que de ser asumido por un (1) arrendatario. La labor del CCO no puede limitarse a verificar una consignación expresa del valor del denominador "Na" en el referido informe.

Sobre el Informe N° 292-2017-MTC/26

(xv) 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 su naturaleza técnica y económica permite conocer el razonamiento del MTC para establecer el valor a todas las variables de la fórmula metodológica, que fueron consideradas en el Reglamento.

(xvi) El Informe N° 292-2017-MTC/26 constituye el sustento técnico y económico de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, corroborando que desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha el valor de "Na" es tres (3), puesto que este indica expresamente que recoge el razonamiento del Informe N° 251-2013-MTC/26 y que considera la existencia de tres (3) cables de fibra óptica (tres (3) arrendatarios), con la finalidad de que mantenga consistencia con lo asumido por el Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

Sobre el Oficio N° 520-2017-MTC/03

(xvii) El Oficio N° 520-2017-MTC/03 del MTC es una declaración válida que ratifica el sustento técnico y económico de los Informes N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26 sobre el valor igual a tres (3) del denominador "Na", pues es la entidad idónea para interpretar su propia norma.

Sobre el valor del denominador "Na"

(xviii) 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.

(xix) 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.

(xx) 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.

(xxi) 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).

<u>Sobre la devolución o compensación del monto reclamado</u>

(xxii) Habiéndose demostrado que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede el precio máximo legal, corresponde que se ordene a SEAL la devolución y/o compensación de lo que AZTECA pagó en exceso; solo así se garantizará la protección de un interés público: el uso compartido de infraestructura en condiciones eficientes; se exigirá el cumplimiento de las normas imperativas; así como se restituirá el derecho de AZTECA de abonar lo correspondiente por compartición de infraestructura para el despliegue de la RDNFO.

13. Mediante escrito del 28 de febrero de 2020, SEAL absolvió el recurso de apelación interpuesto por AZTECA, atendiendo a los siguientes fundamentos:

(i) Las partes determinaron la contraprestación por uso compartido de la infraestructura eléctrica tomando como premisa la fórmula de la Metodología, que busca asegurar que la empresa concesionaria de energía y/o hidrocarburos no se vea perjudicada por la obligación legal de brindar acceso a su infraestructura. Siendo así, las partes no determinaron libremente la contraprestación por encima del tope legalmente establecido.

(ii) El CCO sí analizó los documentos ofrecidos por las partes, entre ellos el Informe N° 251-2013-MTC/26 y N° 292-2017-MTC/26, concluyendo que no contienen una referencia expresa sobre la determinación del denominador “Na”. Asimismo, no es correcto afirmar que el CCO ha preferido la exposición de motivos de la Resolución N° 215-2015-MTC/03 para sustentar su decisión, pues únicamente advirtió en esta, simulaciones efectuadas por el MTC para

fijar el valor de “f”, pero no el valor del denominador “Na”. Adicionalmente, el CCO también advirtió que los mismos fundamentos que utiliza AZTECA para concluir que el denominador “Na” equivale a tres (3) sirven para concluir que el “Na” es igual a uno (1), lo que resulta contradictorio con la posición que pretende sustentar.

(iii) Toda modificación, regulación, derogación, determinación y/o interpretación de los componentes de la Metodología solo resulta factible con la participación del MTC, Ministerio de Energía y Minas, Osinergmin y OSIPTEL, que participaron en la elaboración de la fórmula de la Metodología. En esa línea, el MTC ha señalado que cualquier propuesta de modificación de la fórmula debe someterse a la evaluación y revisión de la Comisión de Coordinación Viceministerial (CCV). En ese sentido, no es correcto afirmar que el MTC puede determinar y/o interpretar unilateralmente los valores de la fórmula metodológica, pues su opinión sin la participación de la CCV no tiene carácter vinculante.

(iv) La interpretación de la fórmula que realiza AZTECA conlleva a que los titulares de las infraestructuras eléctricas tengan asuman las 2/3 partes del costo de operación y mantenimiento, lo que implica que la fórmula no tenga variables que fijan un subsidio con cargo a los ingresos eléctricos.

(v) El Informe N° 251-2013-MTC/26 no hace referencia al denominador “Na” al fijar la variable “f”. Además, las variables de espacio y peso están directamente relacionadas con la posibilidad de soporte de una infraestructura eléctrica y no con el análisis de costos y operaciones, por lo que a partir de la variable “f” no puede inferirse que el denominador “Na” tenga un valor constante de tres (3). Más aún, el referido informe reconoce la posibilidad de que una infraestructura soporte menos o más de tres (3) cables, por lo que otorgar un valor constante de tres (3) al denominador “Na” generará que el costo de operación y mantenimiento sea dividido entre tres (3) y no entre el número efectivo de arrendatarios, que es lo que permite repartir entre los arrendatarios los costos operativos adicionales que genera compartir una infraestructura.

(vi) Los costos operativos mensuales que se generan como consecuencia del uso compartido de la infraestructura son valores constantes, es decir, el valor de los costos de operación y mantenimiento es igual si existe uno (1) o tres (3) arrendatarios, pues los montos que se pagan a la empresa especializada para la supervisión de los cables de telecomunicaciones son constantes, independientemente del número de arrendatarios. Por tanto, establecer el valor del denominador “Na” igual a tres (3) sin considerar el número de arrendatarios genera gastos a SEAL, pues implica subvencionar a AZTECA las 2/3 partes de los costos de operación y mantenimiento, generando un perjuicio a esta empresa.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

14. 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 Compartición 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 o compensación 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

15. Desde la creación del OSIPTEL, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 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 telecomunicaciones[3]. 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, derechos de acceso a la red y las relacionadas con aspectos técnicos entre empresas[4].

16. Una vez consolidada la creación de los órganos reguladores en telecomunicaciones, energía, infraestructura de transporte y saneamiento, se dictó la Ley Nº 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 (OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS).

17. 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

---

3 **DECRETO SUPREMO Nº 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.

4 **DECRETO SUPREMO Nº 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.

desestimando los derechos que las partes pudieran invocar[5]. 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.

18. Los alcances de la función de solución de controversias a cargo del OSIPTEL se detallan en la Ley Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En esta norma se precisa que la competencia del OSIPTEL comprende la evaluación de toda controversia que sea consecuencia de las acciones u omisiones que puedan afectar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora[6].

19. La atribución de esta competencia se encuentra detallada en el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo Nº 008-2001-PCM, y en el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución Nº 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 telecomunicaciones[7].

---

5 **LEY Nº 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,
(…)

6 **LEY Nº 27336, LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL OSIPTEL**
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 Nº 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley Nº 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

7 **DECRETO SUPREMO Nº 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 Nº 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.

20. 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 Ancha[8], aunque solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora.

21. 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 aplicable[9].

22. 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 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 <u>El propósito de la compartición de infraestructura y sus características</u>

23. 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.

---

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.

[8] 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 Nº 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 Nº 1019, Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

[9] Así se señaló en los siguientes pronunciamientos emitidos por este Tribunal: Resolución Nº 007-2018-TSC/OSIPTEL y Resolución Nº 008-2018-TSC/OSIPTEL, ambas del 2 de abril de 2018, y la Resolución Nº 009-2018-TSC/OSIPTEL del 10 de mayo de 2018.

24. 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.

25. 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.

26. 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.

27. 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)

28. 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)

29. 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.

30. 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)

31. 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

32. 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.

33. 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
METODOLOGIA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIO 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 de 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 jurídicas(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura.*
- *La tarifa que se acuerde para efectuar la adecuación de infraestructura, deberá esta 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 dad por la siguiente fórmula.*

34. 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 siguiente[10]:

[10] 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 sólo entre los arrendatarios.

B = 1 /Na
Donde Na: 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 = l/12 x BT	Baja Tensión
OMs = h/12 x 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
l= 7.2%. Para baja tensión h= 13.4%. Para media o alta tensión

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

35. 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”).

36. 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 SEAL 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.

37. El precio máximo correspondiente a la contraprestación periódica no es producto de la aplicación de un importe fijo, como ocurre en otros supuestos, en los que la verificación del cobro de un importe superior al precio máximo regulatorio es más visible[11]. 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.

38. 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 <u>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</u>

39. 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 SEAL 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.

40. 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.

41. 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 entidad[12].

42. 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

---

[11] 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.

[12] 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.

permitirá corroborar si la contraprestación periódica pagada por AZTECA a SEAL, en el periodo comprendido entre la suscripción del Contrato de Compartición y la emisión del Mandato de Compartición, superó el precio máximo establecido en el Anexo 1 del Reglamento.

43. 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".

$$RM = Imp + OMc\ x\ \boldsymbol{B}\ x\ (1 + im)$$

Donde:
(…)
B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.
B = 1/Na.
Donde Na: número de arrendatarios.

44. 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 sostiene AZTECA, o a cualquier otro valor.

45. 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.

46. 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.

47. 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.

48. 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.

49. 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.

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

(i) Sobre la falta de carácter normativo del Informe N° 251-2013-MTC/26

51. 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 cuestionó este documento por no tener carácter normativo.

52. Este Tribunal considera que no resulta relevante para efectos de la interpretación de los alcances de una disposición normativa verificar si los documentos que le sirvieron de sustento califican o no como normativos, pues una posición contraria implicaría que la interpretación de las disposiciones normativas solo podría realizarse a través de la aprobación de otras disposiciones de la misma naturaleza, lo que reduciría el margen de apreciación de los órganos resolutivos para determinar los alcances de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, excluyendo la posibilidad de recurrir a la exposición de motivos, los informes técnicos y otros documentos de sustento de la aprobación de una disposición normativa.

53. Conforme fue reconocido por este Tribunal en un pronunciamiento anterior en el marco de una controversia similar[13], esta necesidad de evaluar toda la documentación relacionada con la controversia descansa en la correcta aplicación del principio de verdad material, conforme al cual la autoridad debe verificar plenamente los hechos que sustenten su decisión, adoptando todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley. La observancia de este principio es exigible también en los procedimientos trilaterales, en los que incluso cabe la sustitución del deber probatorio que corresponde a las partes si el pronunciamiento de la autoridad pudiera involucrar el interés público, como ocurre en el presente caso.

54. En ese sentido, si bien el Informe N° 251-2013-MTC/26 no tiene carácter normativo, en aplicación del principio de verdad material, 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. Por tanto, carece de asidero legal asumir que este documento no pueda ser tomado en cuenta para la resolución de la presente controversia porque no se encuentra contenido en un documento con carácter normativo.

[13] Ver: Resolución N° 021-2019-TSC/OSIPTEL del 28 de octubre de 2019, emitida en el procedimiento seguido por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Consorcio Energético de Huancavelica S.A. en el marco del Expediente N° 004-2018-CCO-ST/CI.

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

55. El CCO cuestionó el Informe N° 251-2013-MTC/26 por no haber estado disponible para las partes, junto con el Reglamento. A partir de este cuestionamiento se entiende que el CCO considera que la falta de publicidad del referido informe generó que las partes no pudieran tener conocimiento de los alcances de este, a fin de ser considerado por AZTECA y SEAL al momento de suscribir el Contrato de Compartición.

56. Al respecto, resulta pertinente mencionar que la falta de conocimiento sobre la forma correcta y lícita de aplicar los reales alcances de la fórmula prevista en la Metodología no puede dar lugar a que las partes 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 compartición que sean contrarios al marco normativo y puedan afectar el interés público que se pretende resguardar.

57. 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 una contraprestación periódica por encima de la máxima que resulta de la aplicación de la fórmula establecida en el Reglamento.

58. 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.

59. 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 SEAL 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”

60. Además 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 desprendía 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.

61. Este Tribunal no comparte la conclusión del CCO por los fundamentos que seguidamente se exponen.

62. 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.

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

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.

63. 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.

64. 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”.

$$\boldsymbol{OMc = f\ x\ OMs}$$

Donde:
f : 20%
OMs : Costo mensual OPEX sin compartición (…).

65. 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

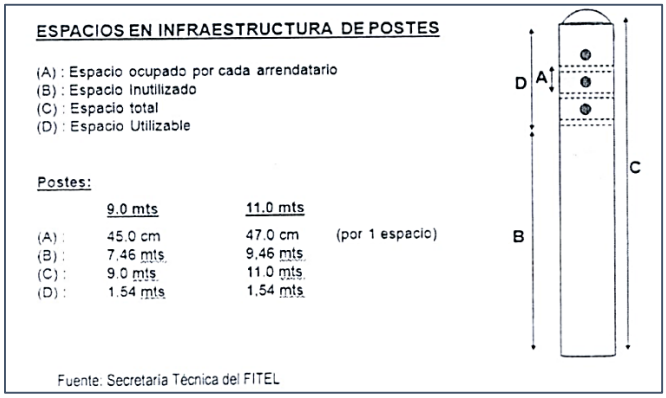
66. Antes de la modificación introducida por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, la Metodología asignó al parámetro “f” un valor uniforme de 20%, independientemente del tipo de tensión de la torre eléctrica a ser compartida (baja,

media o alta tensión)[14], 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.

67. 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.

68. 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



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: especio telecom entre usable	15%	ratio: espacio asignado a telecom	9%

69. 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.

[14] 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.

70. Luego, el MTC consideró que se debía incluir en el cálculo final un margen de seguridad adicional, dada la existencia de postes eléctricos con características particulares (altura, materiales, etc.) y teniendo en cuenta que la definición el valor de este parámetro sería aplicable también a las torres de alta tensión. Siguiendo esta evaluación, el MTC concluyó que el valor de "f" conforme al criterio de espacio debía ser equivalente a 20%.

71. 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.

72. 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)

73. 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%.

74. 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.

75. De acuerdo a ello, a diferencia de lo alegado por SEAL, la norma incorporó la variabilidad de peso de los cables de telecomunicaciones y conductores, estimando tres (3) cables de fibra óptica, por lo que la cantidad de arrendatarios, esto es, uno (1) o tres (3) no afecta el costo de operación y mantenimiento.

76. Cabe indicar que la Resolución Impugnada recoge ciertos cuestionamientos sobre el sustento de los criterios de espacio y peso empleados en la definición del parámetro "f": (i) no se habría desarrollado la información que identifique el número de cables que soportaría la infraestructura en la información técnica empleada para determinar el espacio a ser ocupado por los cables de fibra óptica[15]; (ii) se habría incluido un margen de seguridad adicional que distorsionaría la posibilidad de advertir un vínculo entre "f" y "Na"[16]; y, (iii) existiría una imprecisión en el cálculo del ratio obtenido para definir el valor conforme al criterio de peso[17].

77. 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.

78. 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.

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

80. 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

---

15 *"Respecto del segundo supuesto, construido con la información de distribución de espacios en los Estados Unidos de América, no se cuenta con información suficiente para identificar el número de cables que soportaría el espacio disponible de la respectiva infraestructura para el estado de Utah".*
(Fundamento 140 de la Resolución Impugnada).

16 "*Adicionalmente a ello, es oportuno resaltar que luego del cálculo del valor de la variable "f" sobre la base de este primer criterio que considera el espacio utilizado, el MTC incluyó un hipotético margen de seguridad adicional, por el cual incrementó el valor de la variable "f" a 20%, lo cual, para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, distorsiona la posibilidad de advertir un vínculo entre los valores de la variable "f" y del denominador "Na" y tampoco permite una equivalencia del "Na" como constante en tres (3)".*
(Fundamento 141 de la Resolución Impugnada).

17 "*Así, a efectos de la determinación del valor "f", considerando el peso que soporta la infraestructura eléctrica, se utilizó el ratio entre el peso aproximado de un cable de fibra óptica ADSS y el peso de cada conductor eléctrico, obteniendo como resultado 15%. Sin embargo, el valor obtenido del ratio citado equivale a 12.75% y no a 15%.*
(…) Cabe indicar que, si se considera el valor real obtenido del ratio, ascendiente a 12.75%, el referido margen de seguridad razonable resultaría aún más amplio, ya que éste se habría incrementado hasta en un 57% para obtener el valor final mencionado en el Informe."
(Fundamento 145 y 146 de la Resolución Impugnada).

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.

81. 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.

82. 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.

83. 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.

84. 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) <u>La relación entre el parámetro "f" y el valor asignado a la variable "Na"</u>

85. 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.

$$\boldsymbol{RM = Imp + OMc\ x\ B\ x\ (1 + im)}$$

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.

86. 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.

87. 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.

88. 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.

89. 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 SEAL la percepción de ingresos por encima de los costos de operación y mantenimiento adicionales que deben ser retribuidos, conforme al marco normativo.

90. 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”).

91. De acuerdo a ello, la evaluación del denominador “Na” en la fórmula no puede restringirse a la definición de arrendatario entendida en su sentido literal, sino que debe evaluarse 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.

92. En ese sentido, contrariamente a lo que afirma SEAL, una interpretación en el sentido de que valor del denominador “Na” es igual a tres (3) no conlleva a que los titulares de infraestructuras eléctricas asuman las 2/3 partes del costo de operación y mantenimiento, sino, por el contrario, conlleva a que cada arrendatario asuma la totalidad del costo incremental de operación y mantenimiento que genera el tendido de un (1) cable de fibra óptica en su infraestructura eléctrica.

93. Lo expuesto se encuentra alineado con el régimen de compartición de infraestructura eléctrica, previsto en el Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. En dicha norma se precisa que toda retribución y/o costos imputados por la compartición de infraestructura será únicamente por el espacio que el beneficiario requiera y genere para brindar su servicio y en ningún caso por todo el espacio disponible en la infraestructura de uso público del titular[18].

94. 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 <u>La Resolución Viceministerial N° 768-2017-MC/03 y el Informe N° 292-2017-MTC/26</u>

95. 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.

---

18 **DECRETO SUPREMO Nº 009-2005-MTC, REGLAMENTO DE LA LEY Nº 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, <u>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</u>.
(…)
(Énfasis añadido)

96. Frente a ello, el CCO consideró que resultaba necesario determinar si la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 constituía una norma interpretativa o una norma modificatoria del Reglamento respecto del valor del denominador "Na". Luego de esta evaluación, concluyó que la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 no era una norma interpretativa, por lo que no podría tener efectos retroactivos, y únicamente tenía efectos modificatorios respecto de las variables "f" y "m" de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento, mas no respecto del valor de la variable "Na".

97. 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).

98. 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).

99. 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.

100. 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)

101. 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.

102. Al respecto, es pertinente recordar que el Informe N° 251-2013-MTC/26 explicó que el parámetro "f" fue definido asumiendo la existencia de tres (3) cables de fibra óptica, lo que permitía entender que la referencia se encontraba hecha a la posibilidad de que tres (3) empresas de telecomunicaciones desplieguen cada una un (1) cable de fibra óptica. Sobre este punto, la evaluación contenida en el Informe N° 292-2017-MTC/26 es mucho más contundente, pues 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.

103. Luego, en el mismo Informe N° 292-2017-MTC/26 se incluye un acápite para la evaluación de la actualización de las variables "m" y "f" de la Metodología, que se aprueba con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. También en este acápite se puede advertir que la referencia a los tres (3) cables de fibra óptica es en realidad a los tres (3) arrendatarios que podrían hacer uso de la infraestructura eléctrica.

> *"2.5 Actualización de los valores de las variables "m" y "f" con la información actual disponible*
> *(…)*
> *2.5.1 Actualización de la variable "f"*
> *(…)*
> *En base a los comentarios formulados a la propuesta pre publicada, esta Dirección revisó los criterios de espacio y peso utilizados en los cálculos del año 2013, concluyendo que las consideraciones del número de fibras (o arrendatarios) en ambos criterios debe ser el mismo. En tal sentido, en esta propuesta final de cálculo se toma en cuenta el número de arrendatarios (03) del criterio por espacio y, por consistencia, se modifica el número de fibras (de 1 a 3) en el criterio de peso"*
> (Énfasis añadido)

104. Teniendo en cuenta lo expuesto, 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 Sobre los informes y exposición de motivos de proyectos de modificación de la Metodología que no fueron aprobados

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

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

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

108. En ese sentido, sin desconocer el valor probatorio de los informes y exposiciones de motivos en la interpretación normativa, no es posible atribuir carácter concluyente a documentos que sustentaron proyectos de modificación del Reglamento que no fueron aprobados y que, por ende, nunca entraron en vigencia. Más aún cuando existen documentos que, recogiendo diversas modificaciones, son aprobados como versión final por la autoridad competente, como lo son la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 y el Informe N° 292-2017-MTC/26 que la sustenta.

109. Con relación a este aspecto, resulta pertinente resaltar que el Informe N° 292-2017-MTC/26 contiene un acápite denominado “Análisis de las variables de ‘m’ y ‘f’ en la metodología del 2013”, en el que se hace referencia expresa a la consideración de tres (3) arrendatarios en el criterio por espacio para determinar el valor de variable “f”, señalando que, por consistencia, la propuesta final del cálculo también toma en cuenta el mismo número de arrendatarios en el criterio por peso.

110. Por tanto, si bien los documentos que sustentan los proyectos de modificación del Reglamento pueden haber indicado que el denominador “Na” es dinámico, es decir, que responde al número efectivo de arrendatarios, el Informe N° 292-2017-MTC/26, que sustenta la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, permite identificar cuál fue el valor asignado por el MTC al denominador “Na”, como se ha expuesto en el acápite precedente de acuerdo a la aplicación correcta de la Metodología del 2013.

3.2.7 La opinión del MTC sobre el valor del "Na"

111. Como parte de su reclamación, AZTECA sostuvo que mediante el Oficio N° 520-2017-MTC/03 del 2 de octubre de 2017, el Viceministro de Comunicaciones del MTC reconoció que el valor del denominador "Na" era igual a tres (3), con independencia del número efectivo o real de arrendatarios de la infraestructura eléctrica. Por su parte, SEAL remitió el Oficio N° 579-2017-MTC/26 del 8 de setiembre de 2017, mediante el cual la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del MTC señaló que el valor del denominador "Na" corresponde al número efectivo de arrendatarios.

112. Sobre este extremo, el CCO consideró que, sin perjuicio de poder ser valorado al resolver, no correspondía atribuir a la referida comunicación un carácter interpretativo vinculante, debido a la modificación o interpretación con carácter retroactivo de las disposiciones del Reglamento debe realizarse mediante decreto supremo, es decir, mediante el mismo instrumento jurídico en que se emitió el Reglamento en ejercicio de función normativa. Agrega que tanto el Viceministro de Comunicaciones del MTC como el Director General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, no contaban con la facultad de atender consultas técnico-normativas incluida expresamente en el Reglamento de Organización y Funciones del MTC.

113. Al respecto, si bien las modificaciones normativas 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, como se ha señalado anteriormente, ello implicaría que la posibilidad de desprender el sentido de las disposiciones normativas únicamente podría realizarse mediante disposiciones normativas "interpretativas". Si ese fuera el caso, el margen de apreciación de los órganos resolutivos, para determinar los alcances de las normas que integran el ordenamiento jurídico, sería simplemente inaplicable.

114. Si bien los Oficios N° 520-2017-MTC/03 y N° 579-2017-MTC/26 no tienen naturaleza normativa, no son normas interpretativas ni modificatorias, son documentos mediante los cuales la Administración Pública transmite su apreciación respecto de los alcances de una disposición que ha sido emitida por ella. En ese sentido, su valoración no puede limitarse a revisar si ostenta o no carácter normativo, sino principalmente a ponderar el sustento que aporta para resolver la controversia. No es lo mismo recibir la opinión técnica de una entidad que no tiene competencia en una determinada materia, que recibirla de la entidad que ha sido la encargada de aprobar la fórmula para determinar la contraprestación periódica por compartición de infraestructura.

115. En el Oficio N° 579-2017-MTC/26 se indicó que el valor del "Na" corresponde 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.

116. 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.

117. En tal sentido, el Oficio N° 520-2017-MTC/03, emitido con posterioridad al Oficio N° 579-2017-MTC/26 se encuentra en línea con Anexo 1 del Reglamento, al señalar lo siguiente:

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

118. Cabe mencionar que SEAL considera que no corresponde atribuir al Oficio N° 520-2017-MTC/03 un carácter vinculante. Como argumento, SEAL señala que toda modificación e interpretación de los componentes de la fórmula de la Metodología solo resulta factible con la participación del MTC, Ministerio de Energía y Minas, OSINERGMIN y OSIPTEL, que participaron en la elaboración de esta. Agrega que el MTC señaló, mediante Informe N° 0082-2020-MTC/26, que cualquier modificación de la fórmula debe someterse a la evaluación y revisión de la Comisión de Coordinación Viceministerial (CCV).

119. Al respecto, si bien la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Banda Ancha dispuso que su reglamento sea elaborado a propuesta del MTC, Ministerio de Energía y Minas, OSINERGMIN y OSIPTEL, de ello no se desprende que toda interpretación de las disposiciones del Reglamento o, como en este caso, de los componentes de la fórmula de la Metodología contenida en el Anexo 1 de este, deba efectuarse con la participación de las mencionadas entidades, pues la autoridad encargada de su emisión, así como de sus modificaciones, es el MTC. Asimismo, el Informe N° 0082-2020-MTC/26 que cita SEAL, más allá de haber sido emitido recientemente, se refiere a la participación de la CCV en la evaluación y revisión de propuestas de modificación normativa, mas no en las interpretaciones de las disposiciones emitidas por el MTC, que es lo que está en discusión en este procedimiento.

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.

3.2.8 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 SEAL 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.

3.2.9 Sobre la existencia de otros arrendatarios

123. Habiéndose determinado que el valor asignado por el MTC al denominador “Na” no es dinámico, sino equivalente a tres (3), carece de objeto pronunciarse sobre la existencia de otros arrendatarios que se hubieran encontrado haciendo uso de la infraestructura de SEAL conjuntamente con AZTECA durante el periodo materia de reclamación.

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

124. 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 es equivalente a tres (3). Siendo así, corresponde evaluar si las pretensiones de la reclamación de AZTECA pueden ser amparadas.

125. AZTECA solicitó como pretensión principal que se declare que la contraprestación fijada en la cláusula sexta del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que SEAL 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).

126. De acuerdo a ello, a efectos de evaluar la citada pretensión de AZTECA, se requiere verificar los alcances de la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición, es decir, verificar si los valores consignados en el referido contrato superan el precio máximo previsto por la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento, teniendo en cuenta el valor asignado por las partes a la variable “Na”. Sobre el particular, la cláusula sexta recoge la definición de las contraprestaciones periódicas que correspondía pagar a AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica de SEAL en los siguientes términos:

Sexta.- Contraprestaciones

6.1 El acceso y uso de la Infraestructura de Soporte Eléctrico por parte de **AZTECA** será remunerada mediante el pago de contraprestaciones mensuales a favor de la **EMPRESA ELÉCTRICA**, cuyos montos serán calculados siguiendo la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2103-MTC u otra que lo sustituya o modifique.

6.2 La **EMPRESA ELÉCTRICA** emitirá facturas independientes por cada una de las Rutas aprobadas.

Queda convenido entre las Partes que la contraprestación mensual comenzará a computarse y, consecuentemente a facturarse por parte de la **EMPRESA ELÉCTRICA**, a partir de la fecha de comunicación de la aprobación por parte de la **EMPRESA ELECTRICA** que incorpora cada Ruta al Contrato.

6.3 El pago de las facturas a ser emitidas por la **EMPRESA ELÉCTRICA**, conforme a los términos antes detallados, deberá realizarse por **AZTECA** dentro de los siguientes quince (15) días calendario contados a partir de la fecha de recepción de la factura correspondiente, la misma que será presentada en el domicilio de **AZTECA** indicado en el presente Contrato.

6.4 Las partes señalan que el precio será determinado a partir de la metodología de cálculo de la contraprestación mensual considerada en el numeral 6.1. Asimismo, queda convenido que dicho precio además será determinado por la **EMPRESA ELECTRICA** una vez aprobada la Ruta, debiendo adjuntar el sustento correspondiente a fin que **AZTECA**, en un plazo no mayor a dos (02) días hábiles remita a la **EMPRESA ELECTRICA** sus observaciones, si las tuviera, respecto a la facturación.

Las partes señalan que estos valores mensuales serán ajustados en forma automática cada vez que los componentes señalados en la metodología de cálculo referida en el numeral 6.1 varíen de acuerdo a lo señalado en las normas referidas en dicho numeral. La modificación de los valores surtirá efectos a partir del primer día útil del mes siguiente de producido el ajuste.

6.5 Las Partes convienen respecto del pago de las contraprestaciones, lo siguiente:

6.5.1 **AZTECA** pagará las contraprestaciones mensuales depositando el monto correspondiente en la cuenta bancaria No. 215-0071421-0-40 del Banco de Crédito del Perú de la **EMPRESA ELÉCTRICA**, u otra que la **EMPRESA ELECTRICA** señale con un plazo de aviso de quince (15) días calendario.

6.5.2 En caso **AZTECA** no proceda con el pago de la factura dentro del plazo establecido en el numeral 6.3 precedente, quedará constituida en mora automática y estará obligada a abonar por cada día de atraso, los intereses compensatorios y moratorios correspondientes, con las tasas más altas autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha efectiva de pago.

127. Como se puede apreciar, el numeral 6.1 de la cláusula sexta únicamente establece que a AZTECA le corresponde el pago de contraprestaciones mensuales a favor de SEAL, cuyos montos serían calculados siguiendo la Metodología prevista en el Anexo 1 del Reglamento, sin efectuar mayores precisiones. Asimismo, en el numeral 6.4 se indica que será SEAL la que determinará el precio una vez aprobada la ruta, debiendo adjuntar el sustento correspondiente, de lo que se advierte que el precio no fue fijado de forma expresa en el Contrato de Compartición. Siendo así, esta cláusula no permite identificar los valores de los componentes de la fórmula metodológica utilizados, en particular, el valor asignado por las partes al denominador “Na”, lo que resulta necesario para determinar si estas vienen aplicando correctamente la Metodología.

128. Ante ello, el CCO efectuó diversos requerimientos de información a las partes, a fin de obtener los referidos valores. Atendiendo a esos requerimientos, mediante escrito del 25 de junio de 2019, AZTECA remitió copia un correo electrónico remitido el 1 de diciembre de 2015 por el señor Rubert Córdova, personal de AZTECA, a otros trabajadores de la misma empresa, mediante el cual se comunican los siguientes precios unitarios por tipo de infraestructura:

		MINIMO			PROMEDIO			MAXIMO			SEAL		
Cantidad Apoyos		TP MIN	RM	TOTAL	TP PROM	RM	TOTAL	TP MAX	RM	TOTAL	TP	RM	TOTAL
BT Concreto	551	$ 98.74	$ 0.21	$ 115.71	$ 232.52	$ 0.50	$ 275.50	$ 371.69	$ 0.80	$ 440.80	$ 192.0	$ 0.41	226.95
MT Concreto	2079	$ 713.64	$ 2.85	$ 5,925.15	$ 1,059.80	$ 4.23	$ 8,796.84	$ 1,528.15	$ 6.10	$ 12,684.36	$ 1,779.4	$ 7.10	20,589.09
MT Madera	819	$ 1,165.36	$ 4.65	$ 3,808.35	$ 2,202.33	$ 8.79	$ 7,199.01	$ 3,546.37	$ 14.16	$ 11,597.04			
AT 60 Kv	366	$ 2,170.75	$ 8.67	$ 3,172.04	$ 6,726.78	$ 26.86	$ 9,829.61	$ 17,190.21	$ 68.63	$ 25,119.47	$ 2,529.3	$ 10.10	3,696.07
AT 138 Kv	434	$ 4,762.51	$ 19.01	$ 8,250.34	$ 13,786.04	$ 55.04	$ 23,887.87	$ 32,573.30	$ 130.05	$ 56,441.65	$ 5,302.9	$ 21.17	9,188.75
TOTAL	4249		TOTAL	$ 21,271.59		TOTAL	$ 49,988.83		TOTAL	$ 105,283.32		TOTAL	33,700.86

129. Los precios unitarios contenidos en la información remitida por AZTECA coinciden con la información que SEAL remitió mediante escrito del 2 de julio de 2019, a fin de sustentar los cálculos de la remuneración mensual correspondiente al periodo de facturación de noviembre de 2015.

		MINIMO			PROMEDIO			MAXIMO			SEAL		
Cantidad Apoyos		TP MIN	RM	TOTAL	TP PROM	RM	TOTAL	TP MAX	RM	TOTAL	TP	RM	TOTAL
BT Concreto	551	$ 98.74	$ 0.21	$ 115.71	$ 232.52	$ 0.50	$ 275.50	$ 371.69	$ 0.80	$ 440.80	$ 192.00	$ 0.41	$ 226.95
MT Concreto	2079	$ 713.64	$ 2.85	$ 5,925.15	$ 1,059.80	$ 4.23	$ 8,796.84	$ 1,528.15	$ 6.10	$ 12,684.36	$1,779.47	$ 7.10	$ 20,589.09
MT Madera	819	$1,165.36	$ 4.65	$ 3,808.35	$ 2,202.33	$ 8.79	$ 7,199.01	$ 3,546.37	$ 14.16	$ 11,597.04			
AT 60 Kv	366	$2,170.75	$ 8.67	$ 3,172.04	$ 6,726.78	$26.86	$ 9,829.61	$17,190.21	$ 68.63	$ 25,119.47	$2,529.36	$ 10.10	$ 3,696.07
AT 138 Kv	434	$4,762.51	$19.01	$ 8,250.34	$13,786.04	$55.04	$23,887.87	$32,573.30	$130.05	$ 56,441.65	$5,302.96	$ 21.17	$ 9,188.75
TOTAL	4249		TOTAL	$21,271.59		TOTAL	$49,988.83		TOTAL	$105,283.32		TOTAL	$33,700.86

130. Si bien en los anteriores gráficos no se puede identificar el valor asignado por la partes al denominador "Na", mediante escrito del 2 de agosto de 2019, SEAL remitió como Anexo 6-A un documento en formato Excel en el que se muestran los valores asignados a los componentes de la fórmula metodológica utilizados para efectuar el cálculo de los mencionados precios unitarios correspondientes al 2015, en el que sí se advierte que el denominador "Na" tiene un valor equivalente a uno (1). Cabe mencionar que esta información no fue cuestionada por AZTECA.

N°	Tipo de torre o poste[1]	Costos de las torres o postes según los costos regulados del sector	Participación montaje	Base total Cálculo de Infraestructura eléctrica	Factor del cálulo del OMs		Costo mensual OPEX sin compatición	Ratio de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura	Costo mensual OPEX con compartición	Impuestos municipales	Número de arrendatarios	Factor de distribución de costos	Margen de utilidad	Remuneración Mensual[2]
		TP	m	BT	i	h	OMs	f	OMc	Imp	Na	B	i_m	RM
	AÑO 2015													
	EA138COU0S0-240-S2	5302.96	0.77	9386.2392		0.1	104.813	0.2	20.962601	0	1	1	0.01	21.17
	EA060COU0S0-070-S2	2529.36	0.77	4476.9672		0.1	49.9928	0.2	9.9985601	0	1	1	0.01	10.10
	EA033COU0S0-035-S3	1779.47	0.77	3149.6619		0.1	35.171225	0.2	7.0342449	0	1	1	0.01	7.10
	PPC39	190.38	0.77	336.9726	0		2.0218356	0.2	0.4043671	0	1	1	0.01	0.41

131. Asimismo, mediante escrito del 2 de julio de 2019, SEAL remitió un correo electrónico mediante el cual el personal de su empresa puso en conocimiento de AZTECA el cálculo de la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica correspondiente al 2016, en el que se detallan los valores asignados a los componentes de la fórmula de la Metodología. De la documentación remitida se aprecia que AZTECA mostró su conformidad con el

cálculo de la referida contraprestación. Los mencionados valores se muestran a continuación:

CALCULO DE LA RETRIBUCION MENSUAL

ITM	Descripción		BAJA TENSION	MEDIA TENSION	60KV	138KV
1	Costo de la torres o postes regulados del sector energia	TP	192	2178.13	3220.79	6834.51
2	77% Costo del montaje de las torres, postes o suministros	m	77%	77%	77%	77%
3	Base Total de calculo de la infraestructura electrica	BT	339.84	3855.2901	5700.7983	12097.0827
4	Factor I=7.2% para Baja Tension y h=13.4 para media o alta t	I	7.20%	13.40%	13.40%	13.40%
5	Costo mensual OPEX sin comparticion	OMS	2.04	43.05	63.66	135.08
6	Factor f	f	20.00%	20.00%	20.00%	20.00%
7	Para infraestructura electrica	OMC	0.41	8.61	12.73	27.02
8	Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable	i_m	0.98%	0.98%	0.98%	0.98%
9	Numero de arrendatarios	Na	1	1	1	1
10	Factor de ditribución de costos solo entre los arrendatarios	B	1	1	1	1
11	Impuestos municipales adicionales	Imp.	0	0	0	0
12	Contraprestación mensual por el acceso y uso	RM	**0.41**	**8.69**	**12.86**	**27.28**

132. De este gráfico denominado *"Cálculo de la retribución mensual"*, se advierte que SEAL realizó un nuevo cálculo para determinar la contraprestación por uso compartido de infraestructura exigida a AZTECA en 2016, efectuando una actualización de la variable "TP", lo que conllevó a la variación de otros factores directamente vinculados a esta. Asimismo, se advierte que también se asignó el valor de uno (1) al denominador "Na".

133. De igual manera, mediante escrito del 23 de agosto de 2019, SEAL remitió como adjunto otro correo electrónico mediante el cual su personal puso en conocimiento de AZTECA el cálculo de la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica correspondiente al 2017. Los valores asignados a los componentes de la fórmula de la Metodología a efectos de realizar el cálculo, que se detallan en el referido correo electrónico, son los siguientes:

CALCULO DE LA RETRIBUCION MENSUAL

ITM	Descripción		BAJA TENSION	MEDIA TENSION	60KV	138KV
1	Costo de la torres o postes regulados del sector energia	TP	192	2645,97	3912,58	8302,48
2	77% Costo del montaje de las torres, postes o suministros	m	77%	77%	77%	77%
3	Base Total de calculo de la infraestructura electrica	BT	339,84	4683,3669	6925,2666	14695,3896
4	Factor I=7.2% para Baja Tension y h=13.4 para media o alta t	I	7,20%	13,40%	13,40%	13,40%
5	Costo mensual OPEX sin comparticion	OMS	2,04	52,30	77,33	164,10
6	Factor f	f	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%
7	Para infraestructura electrica	OMC	0,41	10,46	15,47	32,82
8	Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonabl	i_m	0,98%	0,98%	0,98%	0,98%
9	Numero de arrendatarios	Na	1	1	1	1
10	Factor de ditribución de costos solo entre los arrendatarios	B	1	1	1	1
11	Impuestos municipales adicionales	Imp.	0	0	0	0
12	Contraprestación mensual por el acceso y uso	RM	**$0,41**	**$10,56**	**$15,62**	**$33,14**

134. De este gráfico contenido en la información aportada por SEAL, se advierte que, para la determinación de la nueva contraprestación por uso compartido de infraestructura exigida a AZTECA en 2017, SEAL también efectuó una actualización a la variable "TP". Sin embargo, se continuó asignando el valor de uno (1) al denominador "Na".

135. Esta información coincide con la también aportada por SEAL mediante escrito del 2 de agosto de 2019 (Anexo 6-A, Formato 4), en el que también se muestran los valores de los componentes utilizados para la determinación de la contraprestación, entre los que se encuentra el denominador "Na" con un valor equivalente a uno (1).

FORMATO 4: VARIABLES USADAS PARA EL CALCULO DE LA CONTRAPRESTACION

INFORMACIÓN RESTANTE POR COMPLETAR

N°	Tipo de torre o poste[1]	Costos de las torres o postes según los costos regulados del sector	Participación montaje	Base total Cálculo de Infraestructura eléctrica	Factor del cálulo del OMs		Costo mensual OPEX sin compatición	Ratio de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura	Costo mensual OPEX con compartición	Impuestos municipales	Número de arrendatarios	Factor de distribución de costos	Margen de utilidad	Remuneración Mensual[3]
		TP	m	BT	i	h	OMs	f	OMc	Imp	Na	B	i_u	RM
	AÑO 2017													
	EA136CU0050-240-C2	8302.48	0.77	14695.39		0.1	164.09852	0.2	32.819703	0	1	1	0.01	33.14
	EA060CU0S0-070-S2	3912.58	0.77	6925.2666		0.1	77.332144	0.2	15.466429	0	1	1	0.01	15.62
	EA033CU0S0-035-S3	2645.97	0.77	4683.3669		0.1	52.297597	0.2	10.459519	0	1	1	0.01	10.56
	PPC39	192	0.77	339.84	0		2.03904	0.2	0.407808	0	1	1	0.01	0.41

1/ Tipos de estructuras tomadas del informe 00151-GPRC/2016

2/ Sustentar por enlaces o capturas de pantalla en que versión y ubicación de las bases de OSINERGMIN se encuentra el precio de la estructura asignada.

3/ Expresar el monto de remuneración mensual en dólares americanos, dado que los costos de estructuras (TP) de las bases se encuentran en esa moneda. De haber llegado a un monto en soles, adicionar una columna el tipo de cambio aplicado.

INFORMACIÓN REMITIDA INICIALMENTE

N°	Tipo de torre o poste[1]	Costos de las torres o postes según los costos regulados del sector	Participación montaje	Base total Cálculo de Infraestructura eléctrica	Factor del cálulo del OMs		Costo mensual OPEX sin compatición	Ratio de operación y mantenimiento asociado a la infraestructura	Costo mensual OPEX con compartición	Impuestos municipales	Número de arrendatarios	Factor de distribución de costos	Margen de utilidad	Remuneración Mensual[3]
		TP	m	BT	i	h	OMs	f	OMc	Imp	Na	B	i_u	RM
	AÑO 2015													
	EA136CU0050-240-C2	5302.96	0.77	9386.2392		0.1	104.813	0.2	20.962601	0	1	1	0.01	21.17
	EA060CU0S0-070-S2	2529.36	0.77	4476.9672		0.1	49.9928	0.2	9.9985601	0	1	1	0.01	10.10
	EA033CU0S0-035-S3	1779.47	0.77	3149.6619		0.1	35.171225	0.2	7.0342449	0	1	1	0.01	7.10
	PPC39	190.38	0.77	336.9726	0		2.0218356	0.2	0.4043671	0	1	1	0.01	0.41
	AÑO 2016													
	EA136CU0050-240-C2	6834.51	0.77	12097.083		0.1	135.08409	0.2	27.016818	0	1	1	0.01	27.28
	EA060CU0S0-070-S2	3220.79	0.77	5700.7983		0.1	63.658914	0.2	12.731783	0	1	1	0.01	12.86
	EA033CU0S0-035-S3	2178.13	0.77	3855.2901		0.1	43.050739	0.2	8.6101479	0	1	1	0.01	8.69
	PPC39	190.38	0.77	336.9726	0		2.0218356	0.2	0.4043671	0	1	1	0.01	0.41

1/ Tipos de estructuras tomadas del informe 00151-GPRC/2016

2/ Sustentar por enlaces o capturas de pantalla en que versión y ubicación de las bases de OSINERGMIN se encuentra el precio de la estructura asignada.

3/ Expresar el monto de remuneración mensual en dólares americanos, dado que los costos de estructuras (TP) de las bases se encuentran en esa moneda. De haber llegado a un monto en soles, adicionar una columna el tipo de cambio aplicado.

136. Lo anterior demuestra que los valores de los componentes de la Metodología utilizados para la determinación de los precios unitarios consignados en el Contrato de Compartición, para el pago de la contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura, se realizó considerando que el valor de “Na” es equivalente a uno (1).

137. 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 Compartición fue efectivamente uno (1), pese a que, como se ha señalado en este pronunciamiento, esta variable es equivalente a tres (3).

138. En la medida que la pretensión principal de AZTECA consiste en que se declare que la contraprestación fijada en el Contrato de Compartición excede la máxima retribución por contraprestación periódica que le correspondía pagar, resulta necesario previamente proceder a verificar la contraprestación máxima que le correspondía pagar por este concepto.

139. Para tal efecto es necesario considerar todos los componentes de la fórmula prevista en la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento. Es decir, la determinación de la contraprestación periódica máxima amerita reemplazar los valores de la infraestructura compartida por SEAL en la mencionada fórmula. Este ejercicio se efectúa en el **ANEXO A** de la presente resolución.

140. El resultado del cálculo permite mostrar que la determinación de la contraprestación periódica debía observar la existencia de cuarenta y tres (43) 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$ 52 085.95; sin embargo, en este periodo pagó el importe ascendente a US$ 574 079.17.

141. 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 SEAL 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

142. La pretensión accesoria planteada por AZTECA consiste en la devolución de lo que habría pagado en exceso como consecuencia de la aplicación incorrecta del valor 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 emitió o emitirá SEAL a AZTECA por el mismo concepto.

> *"(…), solicitamos como pretensión accesoria de la primera pretensión principal, que se ordene a SEAL la devolución de un monto ascendente a US$ 515,797.17 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 emitió o emitirá SEAL a AZTECA por el uso de su infraestructura. (…)".*[19]

143. 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.

144. En el **ANEXO B** se ha procedido a realizar el mencionado cálculo. El resultado permite afirmar que AZTECA pagó a SEAL un importe total ascendente a US$ 574 079.17, cuando debió pagar el importe ascendente a US$ 52 085.95. La diferencia entre ambos conceptos permite concluir que el monto cobrado o pagado en exceso es equivalente a US$ 521 993.22. No obstante, este importe es superior a lo requerido por AZTECA como parte de su pretensión accesoria, pues solicitó la devolución de un monto ascendente a US$ 515 797.17.

145. En ese sentido, este Tribunal considera pertinente evaluar si corresponde ordenar a SEAL la devolución del monto ascendente a US$ 521 993.22, conforme al resultado del cálculo efectuado, o el importe ascendente a US$ 515 797.17, conforme fue solicitado por AZTECA en su pretensión accesoria, atendiendo a los alcances de la aplicación del principio de congruencia en los procedimientos administrativos trilaterales.

---

[19] Numeral 1.2 del escrito de reclamación presentado por AZTECA el 15 de octubre de 2018.

3.4.1 El principio de congruencia en los procedimientos administrativos

146. El principio de congruencia se encuentra recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece que "El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

147. Este principio resulta supletoriamente aplicable a los procedimientos administrativos y, en particular, a los procedimientos tramitados ante los órganos colegiados del OSIPTEL, en virtud de la Primera Disposición Transitoria Final del Reglamento de Solución de Controversias[20]; de lo dispuesto por el principio del debido procedimiento recogido en el inciso 1.2 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General[21], aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; así como de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria y Final del del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial Nº 010-93-JUS[22].

148. Al respecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que el principio de congruencia *"constituye un postulado de lógica formal por el cual el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida*". Así, dentro de las clases de incongruencia objetiva se identifican: i) *ultra petita*, cuando el órgano jurisdiccional concede cuantitativamente más de lo pedido; ii) *extra petita*, cuando el Juez concede cosa distinta a la pedida o algo no pedido; y iii) *citra petita*, cuando el Juez incumple pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos o respecto a alguna de las pretensiones.[23]

---

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

21 **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(…)
1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

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

(Énfasis añadido)

22 **RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 010-93-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**
Disposiciones Complementarias
Disposiciones Finales
PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

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

149. La Corte Suprema de Justicia también ha señalado que el principio de congruencia implica que el juzgador no puede ir más allá del petitorio, precisando que los efectos de la transgresión de este principio consisten en la nulidad procesal, debido a que constituye un límite para el juzgador y, por tanto, una garantía que otorga seguridad y certeza a las partes[24]. De igual manera, el Tribunal Constitucional también vincula la transgresión del principio de congruencia con la afectación a otras garantías y derechos constitucionales conexos al debido proceso.

> *"(…), la infracción del deber de congruencia supone no sólo la afectación del principio dispositivo al cual también se encuentra sumergido el proceso civil, sino que a consecuencia de ello se puede afectar otros derechos constitucionalmente protegidos, verbigracia el derecho de defensa y, en determinadas ocasiones, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial."*[25]

150. En línea con lo anterior, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando se emite una sentencia incongruente por *ultra petita* se afecta el principio de logicidad, así como el derecho al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, contenidos en el artículo 139, incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú.[26]

151. En tal sentido, el principio de congruencia determina un límite a la discrecionalidad del juzgador, quien no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos distintos de los alegados por las partes. De igual manera, tiene relación directa con principio del debido proceso y los derechos que lo conforman, esto es, el derecho de defensa, el derecho de contradicción y el derecho a la debida motivación. Esto se debe a que este principio garantiza que el juzgador resuelva conforme al petitorio expresado en la demanda o, en este caso, reclamación, a partir del cual se formulan los argumentos de contradicción, excepciones y ofrecimiento de pruebas que materializan la defensa técnica de la contraparte. Por tanto, este principio cobra mayor relevancia en procedimientos en los que exista una contraparte, como son los procedimientos administrativos trilaterales.

152. No obstante, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio de congruencia admite cierta relativización en aquellos casos en los que estén involucrados intereses y derechos de especial relevancia social e innegable transcendencia pública, tales como en el ámbito laboral, constitucional y de familia[27]. En efecto, se admite la flexibilización del principio de congruencia como

---

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

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

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

[26] Casación N° 8633-2012, Lambayeque, fundamento sétimo.

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

> *"Si bien el principio de congruencia resulta de aplicación a todos los ámbitos del derecho procesal, resulta especialmente válido cuando los intereses que las partes discuten son de naturaleza estrictamente privada; no obstante, cuando están en juego intereses de innegable trascendencia pública, la congruencia procesal puede verse restringida en atención a la legítima protección de otros bienes constitucionales (cfr. STC 2868-2004- AA, Fund. N. o 11; STC 0905- 200 1-AA, Fund. N.0 4). Por esta razón, en ámbitos de especial*

excepción a la regla general, en aquellos ámbitos caracterizados por tener un especial carácter tuitivo, al proteger instituciones fundamentales de la sociedad (como la familia) o derechos de gran relevancia social (como los derechos de los trabajadores, relacionados a su subsistencia, o derechos fundamentales), y en los que, además, existen normas que habilitan al juez a exceder el petitorio del demandante (como la Ley N° 29497, La Nueva Ley Procesal del Trabajo, en el ámbito laboral).

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

153. En el presente procedimiento, se advierte que AZTECA delimitó su pretensión al monto ascendente a US$ 515 797.17, lo que es inferior al cálculo del monto cobrado o pagado en exceso, que asciende a US$ 521 993.22.

154. Es preciso indicar que AZTECA para el cálculo del monto pagado en exceso, utilizó los valores del Mandato de Compartición, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 134-2018-CD/OSIPTEL[28], esto es, consideró como monto de la retribución mensual el ascendente a US $ 4 163.00.

155. No obstante, tal como se aprecia en el Informe N° 00131-GPRC/2018, que contiene el Mandato de Compartición y el Anexo 2 “Cálculo detallado retribución mensual”, dicho cálculo se efectuó aplicando los valores del sector eléctrico vigentes para el año 2018.

156. Cabe señalar que, la valorización de la inversión de las instalaciones eléctricas varían y se actualizan periódicamente, las mismas que se registran en la Base de Datos de los Módulos Estándares de Inversión para Sistemas de Transmisión y el Sistema de Información de los Costos Estándar de Inversión de los Sistemas de Distribución (SICODI) del OSINERGMIN.

157. En ese sentido, si bien AZTECA solicitó la devolución de los importes cancelados en el periodo de noviembre 2015 a enero 2017, para dicho cálculo utilizó la retribución mensual señalada en el Mandato de Compartición, la misma que fue calculada con valores correspondientes al año 2018, cuando lo que correspondía era que cada retribución mensual se calculara por separado con los valores que se encontraban vigentes en dichos periodos, tal como se observa a continuación.

relevancia social del derecho, tal principio sufre una relativización. Así sucede, entre otros, en los ámbitos del derecho constitucional, laboral y de familia”.

28 Ver https://www.osiptel.gob.pe/articulo/res134-2018-cd-osiptel

Año	Mes	Factura No.	Monto exigido por SEAL (SIN IGV) (US$)	Máxima contraprestación que puede ser exigida (US$)	Monto que debe ser devuelto por SEAL (US$)
2015	oviembre	010-0030142	33,733.3	4,163.00	29,570.37
2016	nero	010-0030187	33,733.3	4,163.00	29,570.37
2016	ebrero	010-0030381	33,733.3	4,163.00	29,570.37
2016	larzo	010-0030687	33,326.3	4,163.00	29,163.34
2016	bril	010-0031060	38,327.4	4,163.00	34,164.46
2016	layo	010-0031323	38,327.4	4,163.00	34,164.46
2016	unio	010-0031892	38,803.7	4,163.00	34,640.72
2016	ulio	010-0032142	47,628.3	4,163.00	43,465.39
2016	gosto	010-0032342	40,363.0	4,163.00	36,200.04
2016	eptiembre	010-0032587	47,220.5	4,163.00	43,057.53
2016	ctubre	010-0032832	47,220.5	4,163.00	43,057.53
2016	oviembre	010-0033108	47,220.5	4,163.00	43,057.53
2016	iciembre	010-0033638	47,220.5	4,163.00	43,057.53
2017	nero	F010-209	47,220.5	4,163.00	43,057.53
	Total		574,079.17	49,956.00	515,797.17

Periodo materia de reclamación

2015- 2017

Retribución mensual indicada en el Anexo 2 "Cálculo detallado retribución mensual" del Informe N° 00131-GPRC/2018.

158. Es en aplicación de los valores que corresponden a los años 2015, 2016 y 2017, que el monto cobrado o pagado en exceso asciende a US$ 521 993.22.

159. Es preciso indicar que la construcción de la RDNFO, así como el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica han sido declarados de necesidad pública e interés nacional en la Ley de Banda Ancha, ello debido a que mediante el despliegue de las redes de telecomunicaciones que permiten la provisión de banda ancha fija y móvil se favorece y facilita la inclusión social, el desarrollo socioeconómico, la competitividad, la seguridad del país y la transformación organizacional hacia una sociedad de la información y el conocimiento.

160. De acuerdo con ello, considerando la relevancia pública de la RDNFO, este Tribunal evaluó todos los medios probatorios y determinó la correcta aplicación del denominador "Na" previsto en la fórmula de la Metodología, según los valores del periodo materia de reclamación, tal como se detalla en el **ANEXO A** de la presente resolución.

161. No obstante ello, en los procedimientos trilaterales la Administración actúa no sólo como gestora del interés público, sino también resuelve intereses privados[29]. En efecto, el interés público que habilita la competencia de este Tribunal deviene de la materia relacionada a una afectación o potencial afectación al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones (en el presente caso, referido a la RDNFO); y, los intereses privados están señalados en la pretensión accesoria consistente en la devolución o compensación de un monto dinerario. En ese sentido, si bien el procedimiento tiene un interés predominantemente público, la petición accesoria contiene intereses privados.

[29] MARTIN TIRADO, Richard. *"El procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General"*. Revista de Derecho y Sociedad. Núm. 17 (2001), pp.225-226.

162. En consecuencia, el carácter de interés público no puede ser trasladado a las pretensiones privadas de las partes, en particular, a la pretensión accesoria de AZTECA relacionada con la devolución de un monto dinerario.

163. Tal como se señaló anteriormente, el principio de congruencia se encuentra directamente relacionado con el principio de debido procedimiento. En ese sentido, el desarrollo de la presente reclamación se realizó de acuerdo al petitorio de AZTECA (US$ 515 797.17), por lo que SEAL ejerció su derecho de defensa sobre la base del mismo y no con relación al monto resultante del cálculo efectuado por esta instancia.

164. Es importante tener en cuenta que en el procedimiento trilateral se decide con relación a un conflicto de intereses entre dos o más sujetos, en el que las partes gozan de igualdad de oportunidades para su defensa, el mismo que implica asegurar a las partes la posibilidad de formular alegatos, probarlos y contradecir aquellos que se les opongan. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reconocido la importancia del derecho de defensa como derecho fundamental que garantiza el debido proceso[30].

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

165. Por tanto, a fin de no contravenir el principio de congruencia, excediendo el petitorio de la reclamación, este Tribunal considera que corresponde ordenar a SEAL la devolución del importe ascendente a US$ 515 797.17, conforme lo solicitado por AZTECA en su pretensión, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de la reclamante de solicitar el monto restante a SEAL, mediante los mecanismos previstos legalmente.

166. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal considera que corresponde estimar 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

167. Al haberse verificado que SEAL 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 Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL para la adopción de las acciones que consideren pertinentes en el marco de sus competencias, teniendo en cuenta que la Ley de Banda Ancha considera que constituye infracción administrativa el incumplimiento de las disposiciones que se emitan sobre la contraprestación por el régimen de compartición de infraestructura.

---

30 Expediente N° 8605-2005-AA/TC.

HA RESUELTO:

PRIMERO: REVOCAR la Resolución N° 015-2019-CCO/OSIPTEL, emitida por Cuerpo Colegiado Ad Hoc, mediante la cual declaró fundada en parte la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. y, reformándola, se declaran FUNDADA la pretensión principal y la pretensión accesoria, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

SEGUNDO: ORDENAR a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. la devolución del importe ascendente a la suma de US$ 515 797.17**,** correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

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

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

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

Firmado digitalmente por MELGAR CORDOVA Eduardo Robert FAU 20216072155 soft

EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

ANEXO A
IMPORTE MÁXIMO A PAGAR POR CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA

1. El objeto de la reclamación abarca el periodo comprendido entre la fecha de suscripción del Contrato de Compartición y la emisión del Mandato de Compartición; sin embargo, AZTECA ha delimitado el objeto de su pretensión de devolución al periodo comprendido entre noviembre de 2015 y enero de 2017. Ello obedece a que luego de ese periodo comenzó a pagar la contraprestación periódica conforme a lo establecido en la Metodología[31].

2. De acuerdo con la información aportada por SEAL mediante escrito del 2 de agosto de 2019, la cual no fue cuestionada por AZTECA, el número de estructuras que SEAL puso a disposición de AZTECA varió entre 4 041 y 4 928 estructuras en el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y enero de 2017. Las referidas estructuras se agrupan en cuarenta y tres (43) tipos en función a sus características, atendiendo a la codificación y valorización efectuada por la regulación eléctrica[32]. Los siguientes cuadros muestran la cantidad de infraestructuras arrendadas a AZTECA por mes y la valorización de los cuarenta y tres (43) tipos de infraestructura eléctrica en el periodo que comprende la reclamación.

Mes	Número de estructuras
Nov-15	4120
Dic-15	4120
Ene-16	4120
Feb-16	4120
Mar-16	4041
Abr-16	4827
May-16	4827
Jun-16	4928
Jul-16	4859
Ago-16	4859
Set-16	4895
Oct-16	4884
Nov-16	4884
Dic-16	4884
Ene-17	4884

[31] Cabe precisar que, mediante escrito del 25 de junio de 2019, AZTECA indicó que solicitó la devolución únicamente de los montos efectivamente pagados en exceso, excluyendo de su solicitud aquellos periodos que no fueron facturados y que cancelaron abonando una retribución que se ajusta al margo legal aplicable. Señaló lo siguiente:
(i) No incluyó el periodo de junio a octubre de 2015 en su reclamación debido a que no hubo facturación por el arrendamiento de infraestructura eléctrica en ese periodo. Según los registros de AZTECA, SEAL realizó la facturación por acceso y uso compartido de infraestructura desde noviembre de 2015.
(ii) Respecto al periodo comprendido entre febrero y julio de 2017, AZTECA indicó que se rechazaron las facturas emitidas por SEAL debido a que verificaron la existencia d un incremento unilateral e injustificado en el cobro de la contraprestación.
(iii) Respecto al periodo comprendido entre agosto de 2017 y junio de 2018, AZTECA indicó que se rechazaron las facturas emitidas por SEAL debido a que estas excedían el precio máximo legal.

[32] 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 SEAL 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.

N°	Código	Detalle	De Noviembre 2015 a Marzo 2016	De Abril 2016 a Enero 2017
1	EA033SIU0S0-120-RT	1 Poste autosoportable de acero (16/3200) de retención y terminal (90°) Tipo RTUS1-16	$5,969.73	$6,890.20
2	EA033SIU0S0-120-S3	1 Poste autosoportable de acero (16/1450) de suspensión (30°) Tipo SUS11-16	$3,441.67	$4,118.03
3	EA138COU0S0-240-A2	1 Poste autosoportable de acero (19/5250) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-19	$9,433.65	$11,763.15
4	EA138COU0S0-240-S2	1 Poste autosoportable de acero (21/1950) de suspensión (25°) Tipo SU11-21	$5,302.96	$6,834.51
5	EC033COR0S0-070-RT	1 Poste de concreto (15/1000) de retención y terminal (90°) Tipo RTU1-15	$795.09	$1,539.71
6	EC033COR0S0-070-S3	1 Poste de concreto (15/600) de suspensión (30°) Tipo SU11-15	$713.64	$1,163.40
7	EC033COR0S0-120-S3	1 Poste de concreto (15/900) de suspensión (30°) Tipo SU11-15	$795.09	$1,476.33
8	EC033SIU0S0-120-S1	1 Poste de concreto (16/500) de suspensión (3°) Tipo SUS1-16	$876.54	$1,427.22
9	EC138COU0S0-240-S1	1 Poste de concreto (21/500) de suspensión (2°) Tipo SU1-21	$2,587.01	$3,317.93
10	EMAM1P75C2	Estructura de Retención - Terminal compuesto por 1 postes de madera tratada 75' Clase 2	$1,979.71	$958.60
11	EMAM2P75C3	Estructura de Retención - Terminal compuesto por 2 postes de madera tratada 75' Clase 3	$3,402.46	$1,671.65
12	EMRE1P75C2	Estructura de Suspension Angular (>3°-50°) compuesto por 1 postes de madera tratada 75' Clase 2	$2,797.23	$1,776.12
13	EMSA1P75C2	Estructura de Suspensión- Angulo menor compuesto por 1 postes de madera tratada 75' Clase 2	$2,091.82	$1,070.71
14	EMSA3P85C3	Estructura de Suspensión- Angulo menor compuesto por 3 postes de madera tratada 85' Clase 3	$6,345.66	$3,232.76
15	EMSU1P60C3	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 3	$1,891.39	$1,277.99
16	EMSU1P60C4	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 4	$1,716.35	$1,191.53
17	EMSU2P60C3	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 60' Clase 3	$3,546.57	$2,319.76
18	EMSU2P60C4	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 60' Clase 4	$3,196.49	$2,146.83
19	PPC02	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 7/200/120/225	$123.55	$126.32
20	PPC03	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 7/300/120/225	$144.78	$148.02
21	PPC05	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/200/120/240	$146.68	$149.96
22	PPC06	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/300/120/240	$173.70	$177.58
23	PPC08	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/200/120/255	$170.66	$174.48
24	PPC09	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/300/120/255	$203.98	$208.54
25	PPC10	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/400/140/275	$205.88	$210.49
26	PPC11	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/200/120/285	$220.91	$225.85
27	PPC11	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/200/120/285	$220.91	$225.85
28	PPC15	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/120/300	$247.03	$252.56
29	PPC15	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/120/300	$247.03	$252.56
30	PPC16	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/300/150/330	$302.02	$308.78
31	PPC18	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/200/140/335	$273.83	$279.96
32	PPC19	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/300/150/345	$336.83	$344.37
33	PPC22	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/200/135/360	$329.14	$336.51
34	PPC23	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/300/140/365	$409.47	$418.64
35	PPF02	POSTE DE METAL DE 8 mts.	$403.02	$412.04
36	PPF05	POSTE DE METAL DE 15 mts.	$953.36	$974.70
37	PPF08	POSTE DE METAL DE 12 mts.	$694.43	$709.98
38	PPF10	POSTE DE METAL DE 7.0 mts.	$356.38	$364.35
39	PPH01	POSTE DE HORMIGON SECCION H, 8.70m/225 KG	$86.22	$88.15
40	PPM01	POSTE DE MADERA TRATADA DE 8 mts. CL.4	$110.96	$113.45
41	PPM15	POSTE DE MADERA TRATADA DE 11 mts. CL.4	$470.23	$480.76
42	PPM19	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.4	$622.36	$636.29
43	PPM23	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 mts. CL.4	$871.80	$891.31

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

N°	Código	Detalle de estructura	De Noviembre 2015 a Marzo	De Abril 2016 a Enero 2017
1	EA033SIU0S0-120-RT	1 Poste autosoportable de acero (16/3200) de retención y terminal (90°) Tipo RTUS1-16	$7.94	$9.17
2	EA033SIU0S0-120-S3	1 Poste autosoportable de acero (16/1450) de suspensión (30°) Tipo SUS11-16	$4.58	$5.48
3	EA138COU0S0-240-A2	1 Poste autosoportable de acero (19/5250) de ángulo mayor y terminal (90°) Tipo ATU1-19	$12.55	$15.65
4	EA138COU0S0-240-S2	1 Poste autosoportable de acero (21/1950) de suspensión (25°) Tipo SU11-21	$7.05	$9.09
5	EC033COR0S0-070-RT	1 Poste de concreto (15/1000) de retención y terminal (90°) Tipo RTU1-15	$1.06	$2.05
6	EC033COR0S0-070-S3	1 Poste de concreto (15/600) de suspensión (30°) Tipo SU11-15	$0.95	$1.55
7	EC033COR0S0-120-S3	1 Poste de concreto (15/900) de suspensión (30°) Tipo SU11-15	$1.06	$1.96
8	EC033SIU0S0-120-S1	1 Poste de concreto (16/500) de suspensión (3°) Tipo SUS1-16	$1.17	$1.90
9	EC138COU0S0-240-S1	1 Poste de concreto (21/500) de suspensión (2°) Tipo SU1-21	$3.44	$4.41
10	EMAM1P75C2	Estructura de Retención - Terminal compuesto por 1 postes de madera tratada 75' Clase 2	$2.63	$1.28
11	EMAM2P75C3	Estructura de Retención - Terminal compuesto por 2 postes de madera tratada 75' Clase 3	$4.53	$2.22
12	EMRE1P75C2	Estructura de Suspension Angular (>3°-50°) compuesto por 1 postes de madera tratada 75' Clase 2	$3.72	$2.36
13	EMSA1P75C2	Estructura de Suspensión- Angulo menor compuesto por 1 postes de madera tratada 75' Clase 2	$2.78	$1.42
14	EMSA3P85C3	Estructura de Suspensión- Angulo menor compuesto por 3 postes de madera tratada 85' Clase 3	$8.44	$4.30
15	EMSU1P60C3	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 3	$2.52	$1.70
16	EMSU1P60C4	Estructura de Suspensión compuesto por 1 postes de madera tratada 60' Clase 4	$2.28	$1.58
17	EMSU2P60C3	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 60' Clase 3	$4.72	$3.09
18	EMSU2P60C4	Estructura de Suspensión compuesto por 2 postes de madera tratada 60' Clase 4	$4.25	$2.86
19	PPC02	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 7/200/120/225	$0.09	$0.09
20	PPC03	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 7/300/120/225	$0.10	$0.11
21	PPC05	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/200/120/240	$0.10	$0.11
22	PPC06	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 8/300/120/240	$0.12	$0.13
23	PPC08	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/200/120/255	$0.12	$0.12
24	PPC09	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/300/120/255	$0.15	$0.15
25	PPC10	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 9/400/140/275	$0.15	$0.15
26	PPC11	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/200/120/285	$0.16	$0.16
27	PPC11	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 11/200/120/285	$0.29	$0.30
28	PPC15	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/120/300	$0.18	$0.18
29	PPC15	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/200/120/300	$0.33	$0.34
30	PPC16	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 12/300/150/330	$0.22	$0.22
31	PPC18	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/200/140/335	$0.36	$0.37
32	PPC19	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 13/300/150/345	$0.45	$0.46
33	PPC22	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/200/135/360	$0.44	$0.45
34	PPC23	POSTE DE CONCRETO ARMADO DE 15/300/140/365	$0.54	$0.56
35	PPF02	POSTE DE METAL DE 8 mts.	$0.29	$0.29
36	PPF05	POSTE DE METAL DE 15 mts.	$1.27	$1.30
37	PPF08	POSTE DE METAL DE 12 mts.	$0.92	$0.94
38	PPF10	POSTE DE METAL DE 7.0 mts.	$0.25	$0.26
39	PPH01	POSTE DE HORMIGON SECCION H, 8.70m/225 KG	$0.06	$0.06
40	PPM01	POSTE DE MADERA TRATADA DE 8 mts. CL.4	$0.08	$0.08
41	PPM15	POSTE DE MADERA TRATADA DE 11 mts. CL.4	$0.63	$0.64
42	PPM19	POSTE DE MADERA TRATADA DE 12 mts. CL.4	$0.83	$0.85
43	PPM23	POSTE DE MADERA TRATADA DE 13 mts. CL.4	$1.16	$1.19

4. AZTECA consideró que en el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y enero de 2017 solo le correspondía pagar US$ 49 956.00, 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$ 515 797.17; sin embargo, teniendo en cuenta los valores del gráfico anterior, se puede determinar que el importe que le correspondía pagar a AZTECA en el periodo en discusión ascendía a la suma de US$ 52 085.95, como se aprecia a continuación:

N°	Código	Nov-15	Ene-16	Feb-16	Mar-16	Abr-16	May-16	Jun-16	Jul-16	Ago-16	Set-16	Oct-16	Nov-16	Dic-16	Ene-17	Total
1	EA033SIU0S0-120-RT	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
2	EA033SIU0S0-120-S3	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
3	EA138COU0S0-240-A2	$112.94	$112.94	$112.94	$112.94	$140.82	$140.82	$140.82	$140.82	$140.82	$140.82	$140.82	$140.82	$140.82	$140.82	$1,859.97
4	EA138COU0S0-240-S2	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
5	EC033COR0S0-070-RT	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
6	EC033COR0S0-070-S3	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
7	EC033COR0S0-120-S3	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
8	EC033SIU0S0-120-S1	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
9	EC138COU0S0-240-S1	$760.50	$760.50	$760.50	$760.50	$975.36	$975.36	$975.36	$975.36	$975.36	$975.36	$975.36	$975.36	$975.36	$975.36	$12,795.64
10	EMAM1P75C2	$105.33	$105.33	$105.33	$105.33	$51.00	$51.00	$51.00	$51.00	$51.00	$51.00	$51.00	$51.00	$51.00	$51.00	$931.37
11	EMAM2P75C3	$4.53	$4.53	$4.53	$4.53	$2.22	$2.22	$2.22	$2.22	$2.22	$2.22	$2.22	$2.22	$2.22	$2.22	$40.34
12	EMRE1P75C2	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
13	EMSA1P75C2	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
14	EMSA3P85C3	$303.87	$303.87	$303.87	$303.87	$154.80	$154.80	$154.80	$154.80	$154.80	$154.80	$154.80	$154.80	$154.80	$154.80	$2,763.52
15	EMSU1P60C3	$374.87	$374.87	$374.87	$374.87	$253.29	$253.29	$253.29	$253.29	$253.29	$254.99	$254.99	$254.99	$254.99	$254.99	$4,040.87
16	EMSU1P60C4	$6.85	$6.85	$6.85	$6.85	$4.75	$4.75	$4.75	$4.75	$4.75	$4.75	$4.75	$4.75	$4.75	$4.75	$74.94
17	EMSU2P60C3	$89.63	$89.63	$89.63	$89.63	$58.63	$58.63	$58.63	$58.63	$58.63	$58.63	$58.63	$58.63	$58.63	$58.63	$944.81
18	EMSU2P60C4	$578.25	$578.25	$578.25	$578.25	$371.23	$371.23	$371.23	$371.23	$371.23	$371.23	$371.23	$371.23	$371.23	$371.23	$6,025.37
19	PPC02	$4.77	$4.77	$4.77	$4.50	$5.15	$5.15	$5.24	$5.24	$5.24	$6.95	$6.95	$6.95	$6.95	$6.95	$79.57
20	PPC03	$2.69	$2.69	$2.69	$2.69	$2.43	$2.43	$2.43	$1.48	$1.48	$2.43	$2.43	$2.43	$2.43	$2.43	$33.19
21	PPC05	$18.97	$18.97	$18.97	$17.40	$24.65	$24.65	$25.08	$25.08	$25.08	$31.19	$30.01	$30.01	$30.01	$30.01	$350.10
22	PPC06	$3.97	$3.97	$3.97	$3.97	$3.55	$3.55	$6.73	$6.35	$6.35	$6.47	$6.47	$6.47	$6.47	$6.47	$74.78
23	PPC08	$0.73	$0.73	$0.73	$0.37	$0.50	$0.50	$0.50	$0.50	$0.50	$0.50	$0.50	$0.50	$0.50	$0.50	$7.55
24	PPC09	$0.58	$0.58	$0.58	$0.44	$0.45	$0.45	$0.45	$0.45	$0.45	$0.60	$0.60	$0.60	$0.60	$0.60	$7.40
25	PPC10	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.15	$0.15	$0.15	$0.15	$0.15	$0.15	$0.15	$0.15	$0.15	$0.15	$1.50
26	PPC11	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$0.16	$2.25
27	PPC11	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.30	$0.30	$0.30	$0.30	$0.30	$0.30	$0.30	$0.30	$0.30	$0.30	$3.00
28	PPC15	$0.35	$0.35	$0.35	$0.35	$1.44	$1.44	$1.44	$1.44	$1.44	$1.44	$1.44	$1.44	$1.44	$1.44	$15.85
29	PPC15	$478.11	$478.11	$478.11	$468.91	$604.04	$604.04	$624.87	$605.72	$605.72	$571.79	$571.79	$571.79	$571.79	$571.79	$7,806.62
30	PPC16	$0.22	$0.22	$0.22	$0.00	$0.44	$0.44	$0.44	$0.44	$0.44	$0.44	$0.44	$0.44	$0.44	$0.44	$5.06
31	PPC18	$130.40	$130.40	$130.40	$126.76	$141.51	$141.51	$142.63	$142.63	$142.63	$153.05	$153.05	$153.05	$153.05	$153.05	$1,994.11
32	PPC19	$500.46	$500.46	$500.46	$495.98	$537.32	$537.32	$537.32	$537.32	$537.32	$546.94	$546.94	$546.94	$546.94	$546.94	$7,418.66
33	PPC22	$12.26	$12.26	$12.26	$10.07	$15.22	$15.22	$15.22	$15.22	$15.22	$15.22	$15.22	$15.22	$15.22	$15.22	$199.04
34	PPC23	$0.54	$0.54	$0.54	$0.54	$0.56	$0.56	$0.56	$0.56	$0.56	$0.56	$0.56	$0.56	$0.56	$0.56	$7.75
35	PPF02	$0.58	$0.58	$0.58	$0.58	$0.29	$0.29	$0.29	$0.29	$0.29	$0.29	$0.29	$0.29	$0.29	$0.29	$5.25
36	PPF05	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00
37	PPF08	$4.62	$4.62	$4.62	$4.62	$4.72	$4.72	$4.72	$4.72	$4.72	$4.72	$4.72	$4.72	$4.72	$4.72	$65.69
38	PPF10	$0.76	$0.76	$0.76	$0.76	$0.78	$0.78	$0.78	$0.78	$0.78	$0.78	$0.78	$0.78	$0.78	$0.78	$10.87
39	PPH01	$0.31	$0.31	$0.31	$0.31	$0.38	$0.38	$0.76	$0.76	$0.76	$0.76	$0.76	$0.76	$0.76	$0.76	$8.04
40	PPM01	$0.00	$0.00	$0.00	$0.00	$0.08	$0.08	$0.08	$0.08	$0.08	$0.08	$0.08	$0.08	$0.08	$0.08	$0.81
41	PPM15	$6.25	$6.25	$6.25	$6.25	$39.01	$39.01	$39.01	$39.01	$39.01	$39.01	$39.01	$39.01	$39.01	$39.01	$415.11
42	PPM19	$174.67	$174.67	$174.67	$172.19	$333.47	$333.47	$333.47	$333.47	$333.47	$333.47	$333.47	$333.47	$333.47	$333.47	$4,030.92
43	PPM23	$4.64	$4.64	$4.64	$4.64	$4.74	$4.74	$4.74	$4.74	$4.74	$4.74	$4.74	$4.74	$4.74	$4.74	$65.98
		$3,682.82	**$3,682.82**	**$3,682.82**	**$3,658.26**	**$3,733.48**	**$3,733.48**	**$3,759.50**	**$3,739.02**	**$3,739.02**	**$3,735.89**	**$3,734.71**	**$3,734.71**	**$3,734.71**	**$3,734.71**	**$52,085.95**

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

SEAL no es uniforme, dado que el valor de la infraestructura eléctrica varía en función a la actualización de la regulación eléctrica que aprueba OSINERGMIN anualmente[33].

* * *

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

ANEXO B
IMPORTE PAGADO EN EXCESO EN EL PERIODO DE RECLAMACIÓN

1. De acuerdo a la reclamación, AZTECA indica que pagó a SEAL el importe ascendente a US$ 574 079.17 (sin IGV) en el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y enero 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. ($)
010-0030142	Alquiler de postes - Noviembre 2015	27/01/2016	33,733.37
010-0030187	Alquiler de postes - Enero 2016	29/01/2016	33,733.37
010-0030381	Alquiler de postes - Febrero 2016	29/02/2016	33,733.37
010-0030687	Alquiler de postes - Marzo 2016	30/03/2016	33,326.34
010-0031060	Alquiler de postes - Abril 2016	29/04/2016	38,327.46
010-0031323	Alquiler de postes - Mayo 2016	31/05/2016	38,327.46
010-0031892	Alquiler de postes - Junio 2016	30/06/2016	38,803.72
010-0032142	Alquiler de postes - Julio 2016	31/07/2016	47,628.39
010-0032342	Alquiler de postes - Agosto 2016	31/08/2016	40,363.04
010-0032587	Alquiler de postes - Septiembre 2016	30/09/2016	47,220.53
010-0032832	Alquiler de postes - Octubre 2016	31/10/2016	47,220.53
010-0033108	Alquiler de postes - Noviembre 2016	30/11/2016	47,220.53
010-00033638	Alquiler de postes - Diciembre 2016	29/12/2016	47,220.53
F010-209	Alquiler de postes - Enero 2017	31/01/2017	47,220.53
TOTAL			574,079.17

2. Para acreditar esta pretensión, AZTECA ha adjuntado documentos (facturas, constancias de pago y otros) que no han sido cuestionados por SEAL.

3. Como se ha determinado en el **ANEXO A**, el importe total que correspondía pagar a AZTECA por contraprestación periódica asciende a US$ 52 085.95; sin embargo, se encuentra acreditado que en este mismo periodo efectuó un pago total de US$ 574 079.17. Estos datos permiten concluir que el importe en exceso pagado por AZTECA asciende a la suma de US$ 521 993.22, tal como se muestra a continuación:

Año	Mes	Factura No.	Monto exigido por SEAL (SIN IGV) (US$)	Máxima contraprestación que puede ser exigida (US$)	Monto que debe ser devuelto por SEAL (US$)
2015	Noviembre	010-0030142	33,733.37	3,682.82	30,050.55
2016	Enero	010-0030187	33,733.37	3,682.82	30,050.55
2016	Febrero	010-0030381	33,733.37	3,682.82	30,050.55
2016	Marzo	010-0030687	33,326.34	3,658.26	29,668.08
2016	Abril	010-0031060	38,327.46	3,733.48	34,593.98
2016	Mayo	010-0031323	38,327.46	3,733.48	34,593.98
2016	Junio	010-0031892	38,803.72	3,759.50	35,044.22
2016	Julio	010-0032142	47,628.39	3,739.02	43,889.37
2016	Agosto	010-0032342	40,363.04	3,739.02	36,624.02
2016	Septiembre	010-0032587	47,220.53	3,735.89	43,484.64
2016	Octubre	010-0032832	47,220.53	3,734.71	43,485.82
2016	Noviembre	010-0033108	47,220.53	3,734.71	43,485.82
2016	Diciembre	010-0033638	47,220.53	3,734.71	43,485.82
2017	Enero	F010-209	47,220.53	3,734.71	43,485.82
Total			574,079.17	**52,085.95**	**521,993.22**

4. No obstante, AZTECA solicitó como pretensión accesoria que se ordene a SEAL la devolución de un monto ascendente a US$ 515 797.17. Por tanto, se puede apreciar que el importe que AZTECA pagó en exceso (US$ 521 993.22) supera el importe que solicita le sea devuelto en su pretensión accesoria (US$ 515 797.17). Sin embargo, a fin de no contravenir el principio de congruencia excediendo el petitorio de la reclamación, este Tribunal considera que corresponde ordenar a

SEAL el pago del importe ascendente a US$ 515 797.17, conforme lo solicitado por AZTECA en su pretensión, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de la reclamante de solicitar el monto restante a SEAL, mediante los mecanismos previstos legalmente.

***

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

En el presente caso, AZTECA solicitó como pretensión principal se declare que la contraprestación exigida por SEAL a AZTECA por el uso compartido de su infraestructura en el marco de su relación de compartición, excede la máxima retribución legalmente permitida, en tanto se habría aplicado erróneamente la fórmula de la Metodología, debiéndose aplicar el valor de "Na" igual a tres (3).

Asimismo, AZTECA solicitó como pretensión accesoria la devolución de un monto ascendente a US$ 515 797.17, que correspondería a lo pagado en exceso por AZTECA por el acceso y uso compartido de la infraestructura eléctrica, desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del mandato de compartición entre ambas empresas o, en su defecto, se ordene que este monto se compense con los montos de las facturas que emitió o emitirá SEAL a AZTECA por el uso compartido de la infraestructura.

Respecto a la pretensión principal, la suscrita coincide con lo sostenido por la mayoría referente a que el valor de "Na" es equivalente a tres (3) desde la formulación inicial del Reglamento, así como con la determinación del monto cobrado o pagado en exceso, derivado de que este Tribunal ha advertido que la retribución mensual fue calculada por AZTECA con valores correspondientes al año 2018, cuando lo que correspondía era que cada retribución mensual se calculara por separado con los valores que se encontraban vigentes en los periodos 2015, 2016 y 2017, por lo que dicho monto asciende a US$ 521 993.22

No obstante, con relación a la pretensión accesoria, a diferencia de lo sostenido por la mayoría considero que el importe a devolver debe corresponder al importe resultante del cálculo aplicando la fórmula de la Metodología y no solo debe circunscribirse al importe señalado por AZTECA en su reclamación, por los fundamentos que señalo a continuación:

(i) <u>El Principio de Congruencia, Debido Procedimiento y Motivación</u>

1. El Principio de Congruencia, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos establece que "El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

2. Al respecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que el Principio de Congruencia *"constituye un postulado de lógica formal por el cual el Juez debe decidir según las pretensiones deducidas en juicio y en armonía con la relación jurídica procesal establecida, sin alterar ni modificar los aspectos esenciales de la materia controvertida*". Así, dentro de las clases de incongruencia objetiva se identifican: i) *ultra petita*, cuando el órgano jurisdiccional concede cuantitativamente más de lo pedido; ii) *extra petita*, cuando el Juez concede cosa distinta a la pedida o algo no pedido; y, iii) *citra petita*, cuando el Juez incumple pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos o respecto a alguna de las pretensiones [1].

3. Para entender el Principio de Congruencia, conviene hacer referencia a lo expuesto por DEVIS ECHANDÍA, quien indica que es mejor hablar de identidad

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

entre pretensiones y sentencias, dado que ellas delimitan las cuestiones que se plantean al juez para que las resuelva, con relación a un objeto, a una causa o un título y respecto a ciertas personas[2].

4. Ahora bien, en materia de derecho de daños, desde hace algunos años se ha introducido el principio "favor victimae" en función al cual se considera que no se produce incongruencia cuando existe identidad entre la sentencia con las pretensiones formuladas por las partes, encontrándose únicamente la estimación de la pretensión limitada por lo probado en el proceso. En tal sentido, las dudas que puedan surgir a la hora de establecer la dimensión de la reparación han de resolverse en beneficio de quien injustamente sufrió el daño, por cuanto una definición contraria restringiría sin motivo racional alguno y en detrimento de aquel, sus posibilidades indemnizatorias[3]

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

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

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

> *"9. El problema de los límites de la relativización del principio de congruencia ha sido abordado en la decisión dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N. 0 4664-2010 PUNO) de fecha 18 de marzo del 2011, en donde se analizó los supuestos de procedencia de la indemnización de oficio al amparo del artículo 345-A del Código Civil. En dicha sentencia, se excluye la aplicación del principio iura novit curia en casos de ausencia de pedido, alegación o base fáctica para probar los daños. Asimismo, se debe destacar que en el punto segundo, numeral 3.2, del fallo de la sentencia se establece como precedente judicial vinculante que el juez de primera instancia de oficio se pronunciará sobre dicha indemnización "siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí". En caso contrario, el juez no está autorizado a emitir pronunciamiento sobre la indemnización.*
> *10. En este sentido, para este Tribunal resulta de recibo, por su carácter persuasivo, el criterio interpretativo del artículo 345-A del Código Civil que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia; según el cual, una indemnización solo puede ser estimada cuando la parte interesada ha cumplido con invocar hechos concretos referidos a los perjuicios. En tal sentido se debe subrayar la siguiente regla:*

---

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

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

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

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

7. El Principio de Congruencia es también aplicable al procedimiento administrativo, de acuerdo a lo dispuesto por el Principio del Debido Procedimiento recogido en el inciso 1.2 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General[5], aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; así como de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria y Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial Nº 010-93-JUS[6].

8. De esta manera, el Principio de Congruencia reposa en el derecho con el que cuenta todo administrado de obtener un acto administrativo debidamente motivado, siendo esto una garantía propia del debido procedimiento. En ese sentido, se puede concluir que la aplicación del Principio de Congruencia no es exclusiva de la justicia procesal jurisdiccional, sino que es una garantía también del procedimiento administrativo.

9. Ahora bien, la doctrina nacional ha reconocido que el Principio de Congruencia en el ámbito administrativo presenta matices propios, pues la Administración pública no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo expuesto por el administrado, sino que, en ejercicio de su deber de oficialidad, cuyo fundamento radica en la necesidad de satisfacer los intereses públicos inherentes al procedimiento administrativo, le corresponde resolver sobre todas las cuestiones involucradas y que obren en el expediente[7].

10. Tratándose de procedimientos trilaterales, existe un interés público que subyace a ellos, conforme lo señala MARTIN TIRADO, en referencia a la definición contenida en Ley del Procedimiento Administrativo General:

"En esencia. la administración resuelve un conflicto suscitado entre particulares, respecto de una relación jurídica respecto de la cual la administración no es parte. Debe considerarse, sin embargo, que la relevancia del conflicto sometido a la

---

5 **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(…)
1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.
La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

6 **RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 010-93-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**
Disposiciones Complementarias
Disposiciones Finales
PRIMERA. - Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

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

competencia de la entidad se encuentra íntimamente relacionada con el interés público presente en la resolución del conflicto de intereses suscitado entre dichas partes."[8]

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

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

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

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

> *"El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.*
>
> *La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.*
>
> *El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno ["Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público.*
>
> *Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.*
>
> *En ese aspecto, Emilio Fernández Vásquez ("Diccionario de derecho público". Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que "El Estado no puede tener más que intereses públicos"; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público.*

---

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

(…)

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

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

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

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

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

(ii) <u>Sobre el interés público de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica</u>

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

16. La construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, así como el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica han sido declarados de necesidad pública e interés nacional, encontrándose textualmente en la Ley 29904, tal como se aprecia a continuación:

"Artículo 3. Declaración de necesidad pública e interés nacional
Decláranse de necesidad pública e interés nacional:
i) La construcción de una Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica que integre a todas las capitales de las provincias del país y el despliegue de redes de alta capacidad que integren a todos los distritos, a fin de hacer posible la conectividad de Banda Ancha fija y/o móvil y su masificación en todo el territorio nacional, en condiciones de competencia.
ii) El acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, así como el uso del derecho de vía de la Red Vial Nacional, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil".

17. En ese sentido, el acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, corresponde a un interés general, razón por la cual la Ley y el Reglamento establecen las condiciones en la cuales se desarrollará dicha relación entre el operador de telecomunicaciones y el titular de la infraestructura eléctrica.

18. Ello es concordante con lo señalado por el CCO cuando precisa que la relación de compartición originada entre el operador de servicios públicos de telecomunicaciones y el titular de la infraestructura eléctrica y/o hidrocarburos responde a una situación regulada por la normativa, en particular en la Ley de Banda Ancha, como de necesidad pública e interés nacional, por lo que se desprende que el contenido del contrato por el acceso y uso de infraestructura pública no depende exclusivamente de la libre voluntad de las partes[9].

19. La relación de compartición originada entre AZTECA en su calidad de operador de servicios públicos de telecomunicaciones y SEAL en su calidad de titular de la infraestructura eléctrica responde a una situación regulada de manera imperativa en la Ley de Banda Ancha como de necesidad pública e interés nacional[10], por lo que la contraprestación por el acceso y uso compartido corresponde al resultado del cálculo de la fórmula, siendo el OSIPTEL el encargado de velar por el cumplimiento de la normativa referida a compartición[11].

---

9 Numeral 6.3.1 de la Resolución del Cuerpo Colegiado Nº 0105-2019-CCO/OSIPTEL del 20 de diciembre de 2020

10 **Ley de Banda Ancha**
"Artículo 13. Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos
(…)
13.4 El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de los servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, según lo dispuesto en el presente artículo, se sujeta a las siguientes condiciones:
a. Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos seleccionarán a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que tendrá(n) a su cargo la adecuación de su infraestructura, de ser necesario, el despliegue de nueva fibra óptica, así como su mantenimiento.
b. El acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos se realizará a cambio de una contraprestación inicial que considere la recuperación de las inversiones en las que incurra el concesionario para prestar el acceso y uso a su infraestructura, así como contraprestaciones periódicas que remuneren la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La metodología para la determinación de las referidas contraprestaciones será establecida en el reglamento de la presente Ley.
c. De producirse alguna afectación a los servicios de energía eléctrica o de hidrocarburos por causa imputable al concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones, este asumirá las responsabilidades legales que resulten aplicables.
d. Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos no podrán efectuar prácticas discriminatorias o celebrar acuerdos exclusivos con empresas de telecomunicaciones, que constituyan conductas anticompetitivas, de conformidad con el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas".

11 **Ley de Banda Ancha**
"Artículo 32. Supervisión
El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de los artículos 13 y 15 de la presente norma, para lo cual podrá dictar las disposiciones

20. En este orden de ideas, es preciso indicar que este Tribunal ha resaltado la competencia del OSIPTEL respecto a las controversias referentes a la retribución por la compartición y uso de infraestructura eléctrica por parte del operador de telecomunicaciones, señalando que dicha materia no es de libre disposición o arbitrable, siendo el OSIPTEL la Entidad con competencia exclusiva para resolver controversias sobre uso y acceso compartido de infraestructura, que puede incidir en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones[12].

21. En tal sentido, el considerando 161 de la resolución resulta contradictorio con dichos pronunciamientos, en la medida que indica que la devolución solicitada por AZTECA corresponde a un interés privado, cuando este Tribunal reconoce – a partir de la competencia que se atribuye- que dicho interés deviene de un interés público y es en aras de dicho interés público, y para que éste resulte adecuadamente protegido, que el pronunciamiento del Tribunal debe ser coherente con el análisis realizado, esto es que, habiendo determinado cuánto le corresponde ser devuelto a una de las partes, debe disponer su total devolución.

22. Es decir, debe entenderse que el interés público, presente en la resolución del reclamo, se alcanza cuando la contraprestación que reciban aquellos sometidos al régimen de acceso y uso compartido de la infraestructura establecido en la Ley de Banda Ancha, sea justamente lo que la regulación establece.

(iii) <u>Sobre el cálculo de la formula y la devolución a AZTECA</u>

23. El Tribunal, en aplicación del principio de verdad material[13], efectuó la evaluación integral de la normativa y de la información relacionada a la controversia concluyendo que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3).

24. Con relación al principio de verdad material, la doctrina nacional señala que es indispensable no dejar librada a la voluntad de los administrados, el impulso según su mayor o menor interés en obtener una resolución certera, inmediata, pronta o diferida; y, por el contrario, exige a la parte llamada a servir al interés público (Administración) la función de impulsarlo, en todos sus aspectos, independientemente del interés que puedan mostrar lo interesados[14].

25. En aplicación del referido principio y de acuerdo a la información proporcionada por las partes, el Tribunal efectuó el cálculo de la fórmula contenida en la Metodología, para lo cual ha tomado en consideración, adicionalmente al valor del “Na”, la codificación y valorización de las infraestructuras efectuada por la regulación eléctrica, así como los periodos en los cuales se realizaron los pagos[15].

26. En tal sentido, el cálculo de la formula arrojó los siguientes resultados:

    (i) AZTECA pagó a SEAL un importe total ascendente a US$ 574 079.17, cuando debió pagar el importe ascendente a US$ 52 085.95.

---

específicas que sean necesarias. Asimismo, OSIPTEL está facultado para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones referidas en el artículo 30”.

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

14 Ibídem, p. 69.

15 Es preciso indicar que las partes no remitieron el cálculo de la fórmula con dichos detalles.

(ii) El importe a devolver a AZTECA asciende a US$ 521 993.22, esto es, un importe mayor al indicado por AZTECA en su pretensión accesoria donde solicita la devolución de un monto ascendente a US$ 515 797.17.

27. Es preciso indicar que si bien en la pretensión accesoria AZTECA solicitó la devolución de US$ 515 797.17, la pretensión principal se refería al valor de la contraprestación efectuada a favor de SEAL, en la medida que el mismo se efectuó considerando una aplicación errónea de la fórmula de la Metodología[16].

28. En tal sentido, es durante la tramitación del presente procedimiento que se ha determinado el correcto cálculo en función a la aplicación de la fórmula de la Metodología, el cual, a su vez, corresponde a un precio máximo de obligatoria observancia por las partes, por lo que el pago en exceso derivado de la aplicación incorrecta constituye un cobro indebido.

29. En efecto, las contraprestaciones establecidas por norma, no se encuentran abiertas a la libre determinación de las partes, sino que se sujetan a los alcances de la Metodología, por lo que la contraprestación de importes mayores afecta el modelo económico del proyecto y -en consecuencia- su viabilidad. Por ello, y a diferencia de lo señalado por la mayoría, la medida de efectuar la devolución del importe cobrado en exceso ascendente a US$ 521 993.22, satisface el interés público que subyace al proyecto de la Red Dorsal.

30. Así, si bien el reconocimiento de un monto mayor al solicitado, da la apariencia de beneficio a uno de los administrados, lo cierto es que, esta decisión tiene como único objeto tutelar el interés público recogido en el artículo 3 de la Ley N° 29904; por lo que, es emitida destacando el rol garantista de la administración y al amparo del principio de verdad material antes mencionado y los principios de imparcialidad y ejercicio legítimo del poder[17], fundamento de los procedimientos administrativos trilaterales.

---

16 En efecto, en la reclamación AZTECA de fecha 15 de octubre de 2018 indica lo siguiente: *Mediante la presente reclamación, formulamos como nuestra primera pretensión principal que se declare que la contraprestación exigida por SEAL a AZTECA por el uso compartido de su infraestructura en el marco de su relación de compartición excede la máxima retribución legalmente permitida. Ello toda vez que dicho monto fue calculado aplicando erróneamente la fórmula de la Metodología puesto que se le atribuyó un valor igual a uno (1) al denominador "Na" (número de arrendatarios) cuando dicha variable en todos los casos tiene un valor igual a tres (3) como lo ha reconocido el Consejo Directivo a través de su Mandato.*

17 **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(…)
1.5. Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.
(…)
1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

31. Asimismo, se cumple con el principio de celeridad[18] y economía procesal[19] toda vez que al ordenarse la devolución de la totalidad de los importes pagados indebidamente, se evitaría el inicio de futuras reclamaciones en la cuales no habría controversia entre las partes, debido a que únicamente se ordenaría la devolución del importe no considerado en la presente reclamación, generándose mayores gastos al Estado y a las partes.

32. En consecuencia, no estoy de acuerdo con que a partir de un reconocimiento de la pertinencia de un pronunciamiento que va más allá de la determinación del valor del factor Na, como ha sido el análisis y aplicación de la Metodología en su conjunto, para definir cuanto es el monto que corresponde devolver, no se concluya disponiendo la devolución del monto total que resulte de dicho cálculo.

33. Teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo anterior, manifiesto mi desacuerdo con lo señalado en el considerando 165 de la Resolución que deja expedito el derecho de AZTECA a solicitar el monto restante a SEAL, mediante –según señala- los mecanismos previstos legalmente.

Por las consideraciones expuestas, el presente voto en discordia es por declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria, y **ORDENAR** a Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. la devolución del importe ascendente a la suma de US$ 521 993.22, correspondiente al monto cobrado en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación.

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por: TORRES SANCHEZ Maria Tessy FAU 20521286769 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 03/08/2020 20:26:17-0500

MARÍA TESSY TORRES SÁNCHEZ
Miembro del Tribunal de Solución de Controversias

---

18 **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(…)
1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fi n de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento

19 **RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 010-93-JUS - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**
Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.-
Artículo V.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.
El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.
El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.
La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

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