

**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 034-2021-CCO/OSIPTEL**

Lima, 27 de enero de 2021

EXPEDIENTE	005-2018-CCO-ST/CI
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura
ADMINISTRADOS	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Red Eléctrica del Sur S.A.

SUMILLA: Considerando la continuación del presente procedimiento administrativo por todo el periodo reclamado dispuesta mediante Resolución N°014-2020-TSC/OSIPTEL, y en estricta aplicación del Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria aprobado por Resolución N°026-2020-TSC/OSIPTEL, se declara FUNDADA la pretensión principal de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., referida a que se declare que la contraprestación fijada en el Anexo N° 5 del Contrato de Compartición en materia de acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de banda ancha, que suscribió con Red Eléctrica del Sur S.A. excedió la máxima retribución por uso compartido de infraestructura, al aplicar erróneamente en la metodología establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha para el denominador “Na”, un valor igual a uno (1) en lugar de un valor igual a tres (3).

En consecuencia, aplicando el valor de tres (3) al denominador “Na” (único valor materia de controversia en el presente procedimiento), se obtiene un importe a devolver ascendente a la suma de US\$ 850,129.86 sin I.G.V., y no el solicitado de US\$ 1,144,374.79, por que se declara FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria de la pretensión principal.

El presente Cuerpo Colegiado Ad Hoc fue designado mediante Resolución N° 188-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 28 de agosto de 2018, para resolver la controversia presentada por la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra Red Eléctrica del Sur S.A. (en adelante, REDESUR), en materia de acceso y uso de infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica, para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión del servicio de banda ancha.

VISTO:

El Expediente N° 005-2018-CCO-ST/CI.

CONSIDERANDO:**I. PARTES DEL PROCEDIMIENTO**

Empresa reclamante: AZTECA, es una empresa privada concesionaria del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” (en adelante, Proyecto de Red Dorsal), para la instalación y operación de una red de fibra óptica, en virtud del contrato de concesión suscrito con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC), con fecha 17 de junio de 2014.



Empresa reclamada: REDESUR, es una empresa que tiene a su cargo la operación de la concesión para el diseño, construcción y explotación del reforzamiento de los sistemas eléctricos de transmisión y la prestación del servicio de transmisión eléctrica en las zonas del sur del Perú. Mediante el Contrato de Concesión de 1999, comprende la prestación del servicio de las ciudades de Arequipa, Moquegua, Tacna y Puno.

II. ANTECEDENTES

1. El 20 de julio de 2012, se publicó la Ley N° 29904, denominada Ley de Promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha).
2. El 4 de noviembre de 2013, se publicó el Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley de Banda Ancha). En el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha se estableció 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”*.
3. Con fecha 25 de noviembre de 2015, AZTECA y REDESUR suscribieron el “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura Energía Eléctrica” (en adelante, el Contrato de Compartición), en el marco de la Ley de Banda Ancha y su reglamento. En el referido contrato, las partes acordaron las condiciones de acceso, uso y remuneración de la infraestructura eléctrica de titularidad de la empresa REDESUR a favor de AZTECA para el debido cumplimiento de las obligaciones asumidas por ésta en el marco del Contrato de Concesión del Proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.
4. Mediante Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 5 de agosto de 2017, se modificaron los valores de las variables “m” y “f” 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”, establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
5. Mediante Resolución N° 045-2018-CD/OSIPTEL de fecha 22 de febrero de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó el mandato de compartición de infraestructura entre AZTECA y REDESUR, sustentado en el Informe N° 00049-GPRC/2018 del 9 de febrero de 2018 (en adelante, el Mandato de Compartición), a través del cual se determinó que el valor del denominador “Na” debía ser igual a tres (3)¹; sin embargo dicho mandato entró en vigencia desde la fecha de su notificación para adelante, sin afectar el periodo de reclamación de la presente controversia.
6. Con fecha 16 de agosto de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra REDESUR por discrepancias en la ejecución del Contrato de Compartición, derivadas de la incorrecta aplicación de las normas de compartición de infraestructura, en específico, del valor del denominador “Na” contenido en la

¹ Lo cual se sustentó considerando la Resolución Viceministerial N° 768- 2017-MTC/03 que modificó la variable “f”, y tomando en cuenta que ésta fue dimensionada sobre la base de tres (3) cables de comunicación.



fórmula establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el cual constituye un precio máximo regulado. Al respecto, AZTECA planteó las siguientes pretensiones:

- **Pretensión principal.** - Se declare que la contraprestación fijada en el Anexo N° 5 del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que REDESUR podía exigir a AZTECA, en tanto se aplicó erróneamente la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

Al respecto, AZTECA señala que el monto pactado inicialmente fue calculado sobre la base de una aplicación errónea de la fórmula de la Metodología, puesto que al denominador "Na" se le atribuyó un valor igual a uno (1) cuando dicha variable en todos los casos tiene un valor igual a tres (3).

- **Pretensión accesoria².** - Se ordene a REDESUR la devolución de un monto ascendente a US\$ 1,144,374.79 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.
7. Mediante Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTTEL, de fecha 6 de setiembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc admitió a trámite la reclamación presentada por AZTECA contra REDESUR, en materia de acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica y, a su vez, dispuso correr traslado de la reclamación a REDESUR, a fin de que proceda a contestarla en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.
 8. A través de dos escritos de fecha 4 de octubre de 2018, REDESUR, solicitó la inhibición del Cuerpo Colegiado Ad Hoc y contestó la reclamación interpuesta por AZTECA, deduciendo una excepción de incompetencia.
 9. Mediante Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTTEL, de fecha 12 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió tener por presentados y agregar al expediente los escritos remitidos con fecha 4 de octubre de 2018 por REDESUR y correr traslado de los mismos a fin de que AZTECA se pronuncie en un plazo de cinco (5) días hábiles, respecto de la excepción de incompetencia deducida. Asimismo, resolvió rectificar el error material contenido en el numeral 3 de la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTTEL, al haberse consignado la devolución del monto pagado en exceso como una pretensión subordinada en lugar de accesoria.
 10. Mediante escrito presentado con fecha 16 de octubre de 2018, AZTECA solicitó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc rectificar el error material incurrido en la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTTEL, al haberse consignado la devolución del monto pagado en exceso como una pretensión subordinada en lugar de accesoria a la pretensión principal, lo cual difiere de lo consignado en su escrito de reclamación de fecha 16 de agosto de 2018. Asimismo, solicitó se considere como parte de su pretensión accesoria, la compensación con obligaciones de pago existentes a la fecha o las que se originen a futuro, a efectos de brindar una modalidad adicional a la devolución del monto cobrado en exceso por el uso de la infraestructura de REDESUR.

² Por Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTTEL, de fecha 12 de octubre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió rectificar el error material contenido en el numeral 3 de la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTTEL, al haberse consignado la devolución del monto pagado en exceso como una pretensión subordinada en lugar de accesoria.



11. A través de la Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTTEL, de fecha 22 de octubre de 2018, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso respecto del primer extremo de la solicitud de AZTECA presentada mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2018, que se esté a lo resuelto en la Resolución N° 002-2018-CCO/OSIPTTEL, por la cual se rectificó el error material incurrido en el numeral 3 de la Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTTEL. Asimismo, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso acoger el segundo extremo de la solicitud de AZTECA, respecto a que se precisen los alcances de la pretensión accesoria de la pretensión principal, la cual quedó redactada de la siguiente manera:

“Pretensión accesoria. - Se ordene a REDESUR la devolución de un monto ascendente a US\$ 1,144,374.79 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 facturadas que se encuentren pendientes de pago o que emitirá REDESUR a AZTECA en el futuro por el uso de su infraestructura”.**

12. Con fecha 25 de octubre de 2018, AZTECA presentó un escrito a través del cual manifestó su posición respecto de la solicitud de inhibición del Cuerpo Colegiado Ad Hoc y absolvió la excepción de incompetencia, planteadas por REDESUR.
13. Mediante Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTTEL, de fecha 5 de noviembre de 2018, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió requerir información a AZTECA y REDESUR para identificar las materias tramitadas en el proceso arbitral aludido por ambas partes, en el plazo de tres (3) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la mencionada resolución.
14. Por escrito de fecha 14 de noviembre de 2018, AZTECA absolvió el requerimiento de información solicitado mediante Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTTEL.
15. Por escrito de fecha 14 de noviembre de 2018, REDESUR solicitó la nulidad parcial de la Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTTEL, en el extremo que acoge la solicitud de precisión de la pretensión accesoria planteada por AZTECA.
16. Por escrito de fecha 21 de noviembre de 2018, REDESUR absolvió el requerimiento de información solicitado mediante Resolución N° 004-2018-CCO/OSIPTTEL.
17. Mediante Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTTEL, de fecha 12 de diciembre de 2018, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, entre otros aspectos, declarar infundada la solicitud de inhibición presentada por REDESUR; así como, suspender de oficio el presente procedimiento³ hasta que el Tribunal Arbitral a cargo de la controversia seguida entre REDESUR y AZTECA sometida a su jurisdicción, se pronuncie sobre su propia competencia, ello considerando que las materias sometidas en el fuero arbitral como en sede administrativa mantienen una vinculación, pues versan sobre aspectos relacionados con la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura.

³ Ello, en considerando que en virtud del artículo 139° de la Constitución Política, ninguna autoridad podría tramitar causas pendientes de resolver por un Tribunal Arbitral, ni interferir en el ejercicio de sus funciones; y que conforme con el artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, el referido Tribunal Arbitral es el único órgano competente para decidir sobre su propia competencia, por lo que al amparo del artículo 320° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, correspondió suspender el presente procedimiento administrativo hasta el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre su propia competencia en el proceso sometido a su conocimiento.



18. A través del escrito de fecha 28 de diciembre de 2018, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTTEL, a fin de que el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTTEL (en adelante, TSC) revoque el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc en los extremos que declaró la suspensión de oficio del presente procedimiento y no formuló argumentos sobre la excepción de incompetencia deducida por REDESUR.
19. Por Resolución N° 008-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 3 de enero de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTTEL y remitir los actuados al TSC.
20. Mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2019, AZTECA solicitó al TSC acepte el desistimiento de su recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTTEL, toda vez que el Tribunal Arbitral a cargo de la controversia entre la reclamante y REDESUR resolvió la excepción de incompetencia deducida por AZTECA en dicho fuero; por lo que se habría cumplido con la condición establecida en el artículo segundo de la precitada resolución que motivó la suspensión del procedimiento. Asimismo, AZTECA solicitó la remisión del expediente al Cuerpo Colegiado Ad Hoc a efectos de que se pronuncie sobre la excepción de incompetencia deducida por REDESUR.
21. Por escrito presentado con fecha 14 de febrero de 2019, REDESUR informó que el Tribunal Arbitral emitió un Laudo Parcial que declaró infundada la excepción de incompetencia deducida por AZTECA en dicho fuero, y confirmó su competencia para resolver la controversia entre REDESUR y AZTECA.
22. Mediante Resolución N° 004-2019-TSC/OSIPTTEL, de fecha 26 de febrero de 2019, el TSC resolvió aceptar el desistimiento formulado por AZTECA, a través de su escrito de fecha 13 de febrero de 2019.
23. Por Resolución N° 009-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 14 de marzo de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc requirió a las partes, que en un plazo de diez (10) días hábiles, remitan copia del Laudo Parcial emitido por el Tribunal Arbitral, aludido en sus escritos.
24. Mediante el escrito recibido con fecha 29 de marzo de 2019, AZTECA, entre otros aspectos, remitió copia del Laudo Parcial requerido mediante Resolución N° 009-2019-CCO/OSIPTTEL.
25. A través del escrito de fecha 1 de abril de 2019, REDESUR remitió copia del Laudo Parcial requerido a través de la Resolución N° 009-2019-CCO/OSIPTTEL; asimismo, adjuntó copia de la solicitud de integración presentada ante el Tribunal Arbitral por la referida empresa, copia de las solicitudes de exclusión e interpretación de Laudo Parcial presentada por AZTECA, y copia de su absolución a dichas solicitudes.
26. Mediante Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTTEL, de fecha 8 de mayo de 2019, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió, mantener la suspensión del presente procedimiento administrativo, fundamentando su decisión en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú (en adelante, Constitución Política)⁴ y el artículo 4°

⁴ Constitución Política
"Artículo 139.- Principios de la función jurisdiccional
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:



del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, Ley Orgánica del Poder Judicial)⁵, los cuales disponen que ninguna autoridad puede tramitar causas pendientes de resolver por un órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, y atendiendo a que el proceso arbitral se encontraba en trámite conforme al Laudo Parcial, a través del cual el Tribunal Arbitral se declaró competente para resolver la materia controvertida objeto de análisis de la presente controversia.

27. Por escrito presentado el 22 de mayo de 2019, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL, a fin de que el TSC declare fundada su apelación y, en consecuencia, revoque el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc en los extremos en los que se ordenó mantener la suspensión del presente procedimiento administrativo y decidió no pronunciarse sobre la excepción de incompetencia deducida por REDESUR.
28. A través de la Resolución N° 013-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 27 de mayo de 2019, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL y remitir los actuados al TSC.
29. Mediante Resolución N° 011-2019-TSC-OSIPTEL, de fecha 16 de julio de 2019, el TSC declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL, revocando la decisión de mantener la suspensión del procedimiento administrativo, y, en consecuencia, ordenó continuar con la tramitación del mismo. Asimismo, denegó el pedido de AZTECA para emitir pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia deducida por REDESUR.
30. En cumplimiento con lo ordenado por el TSC, a través de Resolución N° 014-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 2 de agosto de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso, entre otros aspectos, continuar con la tramitación del presente procedimiento.
31. Mediante Resoluciones N° 016-2019-CCO/OSIPTEL y N° 017-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 11 de setiembre de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió declarar infundada la excepción de incompetencia; y, declarar improcedente la solicitud de nulidad parcial de la Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL, respectivamente, deducidas por REDESUR.
32. Por escrito presentado con fecha 23 de setiembre de 2019, REDESUR solicitó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc, precisar que cuenta hasta el 10 de octubre de 2019 para presentar su contestación sobre la precisión a los alcances de la pretensión accesoria de AZTECA, consistente en considerar como parte de ésta la compensación con las obligaciones de pago existentes a la fecha o las que se originen a favor de AZTECA en el futuro, ello de conformidad con lo dispuesto en el

(...)

2. *La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.*

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno."

⁵

Ley Orgánica del Poder Judicial

"Artículo 4.- (...). *Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. (...)*".



artículo 46⁶ del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias⁷ (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias).

33. Por escrito presentado con fecha 25 de setiembre de 2019, REDESUR interpuso recurso de apelación contra las Resoluciones N° 016-2019-CCO/OSIPTEL y N° 017-2019-CCO/OSIPTEL, en el extremo que declaró infundada la excepción de incompetencia; y, en el extremo que declaró improcedente la solicitud de nulidad parcial contra la Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL, respectivamente.
34. Mediante Resolución N° 019-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 2 de octubre de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por REDESUR contra las Resoluciones N° 016-2019-CCO/OSIPTEL y N° 017-2019-CCO/OSIPTEL; y remitir los actuados al TSC.
35. Por escrito presentado con fecha 10 de octubre de 2019, REDESUR remitió su contestación sobre la precisión a los alcances de la pretensión accesorias de AZTECA, conforme al plazo señalado en la Resolución N° 018-2019-CCO/OSIPTEL.
36. Mediante Resolución N° 025-2019-TSC/OSIPTEL, de fecha 15 de noviembre de 2019, el TSC declaró improcedente⁸ el recurso de apelación interpuesto por REDESUR contra las Resoluciones N° 016-2019-CCO/OSIPTEL y N° 017-2019-CCO/OSIPTEL.
37. Mediante Resolución N° 020-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 3 de diciembre de 2019, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dio inicio a la etapa conciliatoria. En consecuencia, citó a AZTECA y a REDESUR para que, por medio de sus representantes debidamente acreditados, participen en la Audiencia de Conciliación que se llevaría a cabo el día martes 17 de diciembre de 2019, en la sede del OSIPTEL.
38. Por escrito, presentado el 9 de diciembre de 2019, AZTECA manifestó no tener ninguna fórmula conciliatoria que proponer para la solución de la controversia, por lo que solicitó se dé por finalizada la etapa conciliatoria, y se continúe con la tramitación del presente procedimiento.

⁶ **Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas**
"Artículo 46.- Traslado y contestación. Si no se objetó la reclamación de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, se correrá traslado al reclamado al día siguiente de vencido el plazo establecido en el artículo citado.
El reclamado deberá proceder a contestar la reclamación en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la misma".

⁷ Modificado por Resoluciones de Consejo Directivo N° 122-2016-CD/OSIPTEL, N° 038-2017-CD/OSIPTEL y N° 125-2018-CD/OSIPTEL.

⁸ Cabe indicar que, el TSC declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 016-2019-CCO/OSIPTEL, toda vez que no advirtió indefensión por la alegada falta de motivación de dicha resolución, ni por la supuesta falta de competencia del Cuerpo Colegiado Ad Hoc para evaluar la presente controversia. Asimismo, el referido Tribunal declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 017-2019-CCO/OSIPTEL, toda vez que no se ha evidenciado una situación de indefensión contra REDESUR, que no le permita ejercer su derecho de defensa durante la tramitación del presente expediente.



39. Mediante Resolución N° 021-2019-CCO/OSIPTEL, de fecha 16 de diciembre de 2019, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso dejar sin efecto la programación de la Audiencia de Conciliación prevista para el 17 de diciembre de 2019, y, en consecuencia, dar inicio a la Etapa Probatoria por un plazo de sesenta (60) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Solución de Controversias.
40. A través de la Resolución N° 022-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 2 de enero de 2020, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc fijó los puntos controvertidos y citó a las partes para que, a través de sus representantes debidamente acreditados, participen en la Audiencia de Pruebas a llevarse a cabo el día viernes 10 de enero de 2020.
41. Por escrito presentado con fecha 8 de enero de 2020, REDESUR solicitó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc dejar sin efecto la Audiencia de Pruebas programada para el día 10 de enero de 2020. Ello, debido a que mediante dicho escrito puso en conocimiento que el Tribunal Arbitral encargado de resolver la demanda arbitral presentada por REDESUR contra AZTECA, resolvió de manera definitiva la controversia sometida a su jurisdicción, en cuyo laudo se pronunció respecto de los puntos controvertidos fijados mediante Resolución N° 022-2020-CCO/OSIPTEL. Por tanto, REDESUR sostuvo que, de continuarse con la tramitación del presente procedimiento, se configuraría una manifiesta interferencia respecto de lo que ya ha sido decidido por el fuero jurisdiccional arbitral⁹.
42. En atención a la solicitud presentada por REDESUR, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc estimó conveniente dejar sin efecto la convocatoria de la Audiencia de Pruebas, prevista para el 10 de enero de 2020¹⁰, por lo que, mediante Resolución N° 023-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 14 de enero de 2020, dispuso correr traslado del escrito presentado por REDESUR, a fin de que AZTECA pueda pronunciarse al respecto en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles.
43. A través del escrito presentado con fecha 28 de enero de 2020, AZTECA absolvió el escrito remitido por REDESUR con fecha 8 de enero de 2020, y solicitó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc a continuar con la tramitación del presente procedimiento.
44. Mediante Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 3 de febrero de 2020, considerando lo dispuesto por el TSC, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió continuar con la tramitación del presente procedimiento respecto del periodo

⁹ Cabe indicar que, en el curso del presente procedimiento, REDESUR informó que la materia controvertida evaluada en el presente expediente se encontraba siendo discutida ante un Tribunal Arbitral, cuya tramitación se inició desde el 18 de octubre de 2017. Así, luego de la revisión a la información remitida por las partes respecto de la tramitación del referido proceso arbitral, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, tal como lo sostuvo mediante Resoluciones N° 007-2018-CCO/OSIPTEL y N° 012-2019-CCO/OSIPTEL, advirtió que las materias discutidas en ambos fueros se encuentran vinculadas toda vez que versan sobre aspectos relacionados con la obligación de pago de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura, y sobre las diferencias de interpretación que sostienen las partes respecto del denominador "Na" de la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha

¹⁰ Lo cual fue debidamente informado por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados a las empresas AZTECA y REDESUR, mediante Oficios N° 024-STCCO/2020 y N° 025-STCCO/2020, de fechas 9 de enero de 2020, respectivamente.



comprendido entre el 25 de noviembre de 2015 al 31 de julio de 2017¹¹; y precisando no continuarlo respecto del periodo comprendido del 1 de agosto de 2017 al 28 de febrero de 2018, respecto del cual el Tribunal Arbitral ordenó que AZTECA pague a REDESUR la suma de US\$ 563,402.42 por concepto de contraprestación por el acceso y uso de infraestructura eléctrica, debiendo aplicar los intereses moratorios devengados de cada mes¹².

45. Por escrito presentado con fecha 18 de febrero de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTTEL, a fin de que el TSC declare fundada su apelación y, en consecuencia, revoque el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc, en el extremo que aceptó en parte la solicitud presentada por REDESUR consistente en que dicho colegiado no continúe con la tramitación del procedimiento de solución de controversias para evaluar la exigibilidad de la contraprestación respecto del periodo objeto de pronunciamiento del Tribunal Arbitral (desde el 1 de agosto de 2017 al 28 de febrero de 2018).
46. A través de la Resolución N° 026-2020-CCO/OSIPTTEL, de fecha 25 de febrero de 2020, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTTEL.
47. Mediante Resolución N° 014-2020-TSC/OSIPTTEL, de fecha 10 de setiembre de 2020, el TSC declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTTEL, revocando la decisión del Cuerpo Colegiado Ad Hoc de no continuar con la tramitación del presente procedimiento respecto del periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2017 y el 22 de febrero de 2018; y, en consecuencia dispuso la continuación del procedimiento respecto de todo el periodo de reclamación comprendido del 25 de noviembre del 2015 al 22 de febrero de 2018. Asimismo, declaró improcedente la adhesión al recurso de apelación, presentada por REDESUR contra la Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTTEL¹³.
48. A través de la Resolución N° 027-2020-CCO/OSIPTTEL, de fecha 7 de octubre de 2020, en cumplimiento de la Resolución N° 014-2020-TSC/OSIPTTEL, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, a fin de continuar con la tramitación del presente procedimiento, citó a las partes a la Audiencia de Pruebas a realizarse de manera no presencial el día jueves 15 de octubre de 2020 a las 15:00 horas, la cual, a solicitud de las partes, fue reprogramada para el día 22 de octubre de 2020 a las 16:30 horas¹⁴.

¹¹ Cabe precisar que, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc fundamentó su decisión en concordancia con el principio de no interferencia reconocido al fuero jurisdiccional según lo establecido en los incisos 2) y 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, así como el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y los artículos 3.4, 59° y 62° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje; y, de conformidad con el derecho de tutela jurisdiccional efectiva, principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica.

¹² Considerando que el Tribunal Arbitral, a cargo de la controversia entre REDESUR y AZTECA sometida a su jurisdicción, emitió un laudo a través del cual se pronunció, ordenando el pago a AZTECA de US\$ 563,402.42, por concepto de contraprestación por el acceso y uso de infraestructura eléctrica correspondiente al periodo correspondiente entre el 1 de agosto de 2017 y el 28 de febrero de 2018.

¹³ Cabe indicar que, la empresa REDESUR a través del escrito presentado al Tribunal de Solución de Controversias del 19 de junio de 2020, absolvió el recurso de apelación interpuesto por AZTECA y solicitó adherirse a este.

¹⁴ En dicha diligencia se llevó a cabo -de manera conjunta- la Audiencia de Pruebas para los Expedientes N° 005-2018-CCO-ST/CI, N° 006-2018-CCO-ST/CI y N° 007-2018-CCO-ST/CI, en aplicación de los principios de informalismo, celeridad, simplicidad y eficacia, y en atención a la solicitud formulada por ambas partes.



49. Con fecha 22 de octubre de 2020, REDESUR remitió un escrito a través del cual presentó nuevos medios probatorios a efectos de que sean valorados por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc al emitir su pronunciamiento final.
50. Con fecha 22 de octubre de 2020, AZTECA presentó un escrito a través del cual remitió medios probatorios adicionales a efectos de que sean valorados por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc en el pronunciamiento que emita sobre el fondo de la controversia.
51. De conformidad con el acta que obra en el presente expediente, con fecha 22 de octubre a las 16:30 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas según lo previsto en la Resolución N° 028-2020-CCO/OSIPTEL.
52. Mediante Resolución N° 029-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 29 de octubre de 2020, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc puso en conocimiento de AZTECA y REDESUR, el detalle de medios admitidos hasta la fecha de dicho pronunciamiento.
53. Mediante Resolución N° 030-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 29 de octubre de 2020, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc solicitó a AZTECA y REDESUR que cumplan con remitir determinada información, en calidad de medios probatorios de oficio, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles. Como consecuencia de ello, a través de dicha resolución, se amplió el plazo de la Etapa Probatoria por diez (10) hábiles adicionales, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de Solución de Controversias.
54. Cabe indicar que el plazo otorgado mediante Resolución N° 030-2020-CCO/OSIPTEL fue extendido en cinco (5) días hábiles adicionales, mediante Resolución N° 031-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 6 de noviembre de 2020, en atención a lo solicitado por REDESUR en su escrito presentado el 4 de noviembre de 2020.
55. A través del escrito presentado el 9 de noviembre de 2020, AZTECA absolvió las alegaciones formuladas por REDESUR en la Audiencia de Pruebas, con el objetivo de sustentar su posición sobre la correcta interpretación que debió asignarse al denominador "Na"¹⁵ al fijar la contraprestación periódica por el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de REDESUR.
56. Asimismo, el 9 de noviembre de 2020, AZTECA presentó un segundo escrito, a través del cual respondió el requerimiento de información formulado a través de la Resolución N° 030-2020-CCO/OSIPTEL.
57. Mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2020, REDESUR, entre otros aspectos, absolvió el requerimiento de información de medios probatorios de oficio efectuado mediante la Resolución N° 030-2020-CCO/OSIPTEL.
58. A través de la Carta N° 340-STCCO/2020, de fecha 16 de noviembre de 2020, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, la STCCO) puso en conocimiento del Cuerpo Colegiado Ad Hoc información obrante en el

¹⁵ Contenido en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 – Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC.



Expediente N° 011-2018-CCO-ST/CI¹⁶, a fin de determinar su inclusión en la presente controversia, como elementos que coadyuvan a definir la cuestión controvertida.

59. Por escrito de fecha 18 de noviembre de 2020, REDESUR cuestionó que AZTECA refiera no tener conocimiento sobre la infraestructura que arrienda ni cómo se calculó la contraprestación periódica que se obligó a pagar por ella, y adjuntó capturas de pantalla de una nota periodística publicada en el diario Gestión el 18 de noviembre de 2020.
60. Mediante Resolución N° 032-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 25 de noviembre de 2020, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dio por concluida la Etapa Probatoria, y otorgó a las partes el plazo de siete (7) días hábiles para que, de considerarlo pertinente, presenten sus alegatos por escrito y/o soliciten el uso de la palabra¹⁷.
61. Por escrito de fecha 7 de diciembre de 2020, REDESUR remitió copia de la Resolución N° 11 de fecha 17 de noviembre de 2020, expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la cual confirmó la validez de los laudos parcial y final emitidos por el Tribunal Arbitral a cargo del proceso arbitral iniciado por la empresa Trasmisora Eléctrica del Sur S.A.C. (en adelante, TESUR) contra AZTECA. En consecuencia, REDESUR solicitó se tenga en cuenta para el análisis de la presente controversia el pronunciamiento contenido en la referida Resolución.
62. A través de la Carta N° 00384-STCCO/2020 de fecha 7 de diciembre de 2020, por encargo del Cuerpo Colegiado Ad Hoc, la STCCO puso en conocimiento de AZTECA el escrito presentado por REDESUR de fecha 7 de diciembre de 2020.
63. Mediante escritos de fecha 14 y 15 de diciembre de 2020, REDESUR y AZTECA, respectivamente, presentaron sus alegatos, a fin de que el Cuerpo Colegiado Ad Hoc los tenga en consideración al momento de resolver la presente controversia.
64. Por escrito presentado con fecha 17 de diciembre de 2020, AZTECA presentó argumentos de su posición sobre los efectos de la Resolución N° 11 emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima respecto del presente procedimiento.
65. Mediante Resolución N° 033-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de diciembre de 2020, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió poner en conocimiento de AZTECA y REDESUR, los escritos remitidos con fechas 14 y 15 de diciembre de 2020.
66. A través de la Carta N° 00410-STCCO/2020, de fecha 18 de diciembre de 2020, por encargo del Cuerpo Colegiado Ad Hoc, la STCCO puso en conocimiento de REDESUR el escrito presentado por AZTECA con fecha 17 de diciembre de 2020.

¹⁶ Procedimiento de Solución de Controversias entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Electro Dunas S.A.A.

Cabe precisar que, la información incorporada de dicho expediente, está referida a los documentos preparatorios para la emisión del Reglamento de Ley de Promoción de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica - Ley N° 29904 y su modificatoria, los cuales se detallan en el Anexo 1 de la presente resolución.

¹⁷ Cabe indicar que, en dicho pronunciamiento, además se admitieron como medios probatorios los documentos remitidos por AZTECA y REDESUR con posterioridad de la Resolución N°029-2020-CCO/OSIPTEL.



67. Con fecha 18 de diciembre de 2020 se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTTEL¹⁸, de fecha 4 de diciembre de 2020, mediante el cual el TSC aprobó un Precedente Administrativo de Observancia Obligatorio que interpreta de modo expreso y con carácter general el valor del denominador “Na” contenido en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

68. Mediante Resolución N° 022-2020-CCO/OSIPTTEL, de fecha 2 de enero de 2020, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc fijó los siguientes puntos controvertidos, en virtud a los hechos expuestos por las partes a través de sus escritos:
- (i) Determinar si el valor del denominador Na se encuentra previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica de Banda Ancha, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, La Metodología).
 - (ii) Determinar si para el cálculo de la contraprestación contenida en el Anexo N° 5 del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme a La Metodología.
 - (iii) De verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme a La Metodología, determinar el monto que corresponde a REDESUR devolver a AZTECA.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

4.1. POSICIÓN DE AZTECA

69. En el curso del presente procedimiento, AZTECA ha desarrollado principalmente los siguientes fundamentos que pueden ser agrupados de la siguiente manera respecto de los puntos controvertidos:

(i) Respecto a si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

- Si bien la fórmula establecida en el Reglamento de la Ley Banda Ancha no precisa expresamente qué debe entenderse por el “número de arrendatarios” “Na” de la infraestructura eléctrica, se puede concluir el valor del denominador “Na” en atención a su razonamiento económico. Así, al establecer la Metodología contenida en el Anexo N°1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el MTC asumió que el valor de denominador “Na” sería igual a tres (3), debido a que consideró que los valores de las variables de la Metodología se fijaron bajo el supuesto de la existencia de un apoyo de tres (3) cables en la infraestructura eléctrica.

¹⁸ Mediante Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTTEL se resolvió en segunda instancia la controversia entre Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A. (Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI).



(ii) Respecto a si para el cálculo de la contraprestación contenida en el Anexo N° 5 del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador Na conforme a La Metodología.

- Según AZTECA, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc debe realizar lo siguiente: (i) evaluar el razonamiento económico de la Metodología establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha; (ii) determinar cuál es el valor correcto del denominador “Na” en atención al marco normativo vigente; (iii) aplicar la Metodología a fin de concluir cuál es el precio máximo por uso compartido de infraestructura; (iv) verificar si la retribución exigida por REDESUR superó el precio máximo; y, (v) en atención a si se exigió una contraprestación mayor al tope máximo, ordenar la devolución de los montos pagados en exceso.
- Los valores de las variables “f” y “m” de la fórmula establecida en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha fueron modificados por la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. La referida modificación se sustentó en el Informe N° 292-2017-MTC/26, el cual desarrolló el razonamiento económico de dicha fórmula, evidenciando que el valor del denominador “Na” siempre fue igual a tres (3), con independencia del número de arrendatarios efectivos. Cabe señalar, que este razonamiento ha sido aprobado como precedente de observancia obligatoria por el TSC, el cual resulta de obligatorio cumplimiento para el Cuerpo Colegiado.
- De este modo, considerando que la Resolución Viceministerial N° 768- 2017-MTC/03 solo modificó los valores de las variables “f” y “m” de la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el denominador “Na” mantiene el mismo valor desde la emisión del referido reglamento, por lo que AZTECA se percató que se encontraba realizando pagos por encima del precio máximo reglamentario a favor de REDESUR – hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición– excediendo el precio máximo, al haberse aplicado incorrectamente el valor del denominador “Na” como uno (1), en lugar de tres (3).
- En el Informe N° 292-2017-MTC/26 se señala que, para determinar el costo incremental se parte de la premisa que la capacidad máxima que soporta una infraestructura es de tres (3) cables. De esta manera, el MTC estimó que el peso de tres (3) cables por el uso de tres (3) arrendatarios tiene impacto de 18.3% (valor del factor “f”) sobre el costo de operación y mantenimiento de la Torres/Poste (desgaste de la torre). Así, para determinar el costo incremental que genera un cable en la infraestructura, el denominador “Na”, del factor “B”- que representa el factor de distribución de los costos-, debe ser necesariamente igual a tres (3).
- La explicación anterior tiene pleno asidero en el Informe N° 251-2013- MTC/26, de fecha 17 de octubre de 2013, el cual no tiene la calidad de exposición de motivos, pero [que] constituye el sustento técnico, económico y normativo de la propuesta del Reglamento de la Ley de Banda Ancha. En dicho informe, no se consignó expresamente el valor del denominador “Na”; sin embargo, se estableció un parámetro para determinar la relación entre las variables “f” y “Na” de la Metodología, así como también permite concluir que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3).
- De esta manera, el Informe N° 251-2013-MTC/26 desarrolló la lógica para determinar el valor del factor “f”, para lo cual se asumió que, en promedio, toda



infraestructura eléctrica podía alojar hasta tres (3) cables de fibra óptica, incluso para el caso de los postes de baja tensión, optando para efectos de regulación tarifaria por un número fijo, a pesar de los diversos factores que podrían impactar en la capacidad real de la infraestructura. Así, en el referido Informe no se han analizado múltiples posibilidades, de modo que no exista certeza de cual asumió el MTC, solo se estudió la alternativa relacionada a la existencia de tres (3) cables de fibra óptica apoyados en la infraestructura eléctrica.

- El factor “f” constituye el porcentaje vinculado al peso de los cables de fibra óptica que se apoyan en una determina infraestructura, para calcular el costo incremental por compartición. Por su parte, el denominador “Na” corresponde al número de arrendatarios entre los que se distribuye dicho costo incremental, de acuerdo al número de cables existentes. Así, si la Metodología asumió la existencia de tres (3) cables para calcular el valor “f”, dicho costo debe dividirse entre tres (3), a fin de identificar cuál es el costo que debe ser asumido por un (1) arrendatario.
- De acuerdo con lo anterior, el valor de la variable “f” siempre fue asumido en atención al peso de tres (3) cables de fibra óptica, lo cual no se modificó con la emisión de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC; por el contrario, el Informe N° 292-2017-MTC/26 reafirma que el valor de 18.3% asignado para la variable “f” representa el costo incremental que generarían tres (3) cables de fibra óptica en el mantenimiento de la infraestructura. Es así que AZTECA no debe pagar por el desgaste ocasionado por tres (3) cables de fibra óptica, cuando solo apoya uno (1).
- El Informe N° 292-2017-MTC/26 no solo expresa que se asume que la infraestructura cuenta con el apoyo de tres (3) cables/ tres (3) arrendatarios, además menciona que este criterio fue establecido en el Informe N° 251-2013-MTC/26, por lo que el MTC estableció un valor a “f” considerando el peso de tres (3) cables de fibra óptica desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
- El MTC no consignó en la Metodología, de forma expresa, el valor del denominador “Na” como igual a tres (3) debido a que es una variable abierta, dinámica y cambiante, que al estar conectado con la variable “f” origina que la distribución del costo incremental dependa siempre del cálculo del costo extra que se genera al titular de la infraestructura. Así, los propios proyectos de norma (Resolución Viceministerial N° 215-2015-MTC/03, Resolución Viceministerial No. 133-2017-MTC/03 y Resolución Viceministerial No. 698-2017-MTC/03) señalan que el valor del “Na” es igual a uno (1), luego de considerar que solo existe un (1) cable en la infraestructura.
- Por su parte, en el Mandato de Compartición, el Consejo Directivo del OSIPTEL señaló que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), fundamentando su decisión en la normativa vigente que aplican al Contrato de Compartición desde su suscripción; en los informes que sustentan dicha normativa, particularmente, en el Informe N° 292-2017-MTC/26; y en un criterio de eficiencia, a fin de que cada arrendatario pague exclusivamente por el costo incremental generado.
- En el caso en particular del Mandato de Compartición aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 045-2018-CD/OSIPTEL, de fecha 22 de febrero de 2018, se precisó cuál es la manera correcta de aplicar La Metodología para



determinar la contraprestación máxima legal (vigente desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, es decir desde la suscripción del Contrato de Compartición), señalando que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3).

- En esa misma línea, el Viceministerio de Comunicaciones del MTC, a través del Oficio N° 520-2017-MTC/03¹⁹, del 2 de octubre de 2017, reconoció que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3), con independencia del número efectivo/real de arrendatarios, con el fin de aclarar a las empresas eléctricas la aplicación del referido denominador.
- En casos similares al actual, el TSC ha reconocido que la contraprestación pactada con las eléctricas excede el precio máximo, atendiendo a que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) conforme al razonamiento económico de la Metodología prevista en el Reglamento de la Ley de Banda Ancha. Este razonamiento ha sido aprobado como precedente de observancia obligatoria por el TSC, aprobado por Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL, que resulta de obligatorio cumplimiento para el Cuerpo Colegiado. El TSC ha establecido que la falta de conocimiento de los documentos que sustentaron la Metodología no puede justificar que las partes establezcan pactos que contravengan el marco regulatorio imperativo, excediendo el precio máximo legal.

(iii) Respecto a que de verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme a La Metodología, determinar el monto que corresponde a REDESUR devolver a AZTECA

- Considerando que la Metodología que estuvo vigente desde el inicio de la relación de compartición no ha variado en cuanto al valor del denominador “Na”; y, el valor del denominador “Na” siempre fue tres (3), se puede advertir que la contraprestación inicialmente fijada en el Contrato de Compartición es ilegal por exceder la máxima retribución por uso compartido de infraestructura fijada legalmente.
- AZTECA considera los valores utilizados por el Consejo Directivo en el Mandato de Compartición para calcular la correcta contraprestación que debió pagar a REDESUR, elaborando para ello un cuadro que muestra que, durante el periodo de la controversia, AZTECA pagó un monto de US\$ 1,275,194.79, cuando REDESUR sólo le podía exigir como contraprestación un monto máximo de US\$ 130,820.00. En consecuencia, según AZTECA se debe ordenar la devolución o, en su defecto, la compensación, de un monto ascendente a US\$ 1,144,374.79, el cual corresponde a lo pagado en exceso por el uso de la infraestructura de REDESUR, durante la relación de compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición.

4.2. POSICIÓN DE REDESUR

70. Por su parte, REDESUR solicitó que se declare infundada la reclamación presentada por AZTECA, para lo cual, durante el curso del presente procedimiento, ha desarrollado principalmente los siguientes fundamentos en relación con los puntos controvertidos:

¹⁹ Oficio N° 520-2017-MTC/03, de fecha 2 de octubre de 2017, remitido por el Viceministro de Comunicaciones, señor Carlos Valdez Velásquez-López, al presidente del Comité Sectorial Eléctrico de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, el señor Carlos Temboury Molina.



(i) Respecto a si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

- El valor del denominador “Na” es definido por el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha como “Número de Arrendatarios” y, por lo tanto, es la propia norma la que dispone que sea un valor que refleje un hecho de la realidad, específicamente cuantos arrendatarios de telecomunicaciones existen sobre la infraestructura eléctrica, y no un valor predeterminado de igual a tres (3).

(ii) Respecto a si para el cálculo de la contraprestación contenida en el Anexo N° 5 del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador Na conforme a La Metodología.

- Al momento de pactar la contraprestación y establecerla en el Contrato de Compartición, las partes asignaron a la variable “Na” el valor de uno (1) en tanto el único arrendatario de la infraestructura solicitada por AZTECA era esta misma empresa.
- Las partes no fueron los únicos que desde la emisión del Reglamento de la Ley de Banda Ancha en el 2013 entendieron que el valor “Na” significaba “número real de arrendatarios”, en tanto el MTC también lo entendió así. Ello, se verifica del Informe económico preparado por el doctor Raúl Pérez Reyes, quien fuera Viceministro de Comunicaciones desde 2011 hasta el 2014, cuando se gestó y aprobó la Ley de Banda Ancha y su reglamento, y cuando se concesionó el proyecto de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica a AZTECA, quien sostiene que la variable “Na” no refleja la máxima capacidad de soporte de infraestructura, sino el número real de arrendatarios que la usan.
- Dicho entendimiento también puede constatarse en el Informe N° 251-2013-MTC/26, en donde el MTC explicó por qué considera que las infraestructuras eléctricas pueden soportar hasta tres (3) cables de fibra óptica. Sin embargo, ningún extremo de dicho Informe señalar o permite sostener que, de la premisa anterior, se desprenda que el valor de la variable “Na” es igual a tres (3).
- En el mismo sentido, en el Informe N° 021-2015-MTC, el MTC reconoce que la variable “Na” en la Metodología es dinámico, así como depende de la cantidad de arrendatarios sobre la infraestructura y, por eso, en ese caso, se le asignó el valor de uno (1). Asimismo, el PRONATEL (antes FITEL), que forma parte del MTC y que depende del Viceministerio de Comunicaciones, ha aprobado varios contratos en los que se pacta que el “Na” es igual a uno (1); y, en los que se explica de manera expresa que el valor del denominador “Na” será modificado conforme nuevos arrendatarios suscriban contratos para soportarse en la infraestructura eléctrica. Así también, el Oficio N° 579-2017-MTC/26 ha señalado que el valor del “Na” corresponde al número efectivo de arrendatarios.
- El OSIPTEL también tuvo claro y convalidó el entendimiento que las partes y el MTC compartieron con relación al valor del “Na”. En efecto, OSIPTEL recibió copia de todos los contratos que se suscribieron desde que se aprobó el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, y en los que se pactaron un “Na” igual a uno (1), sin haber formulado observaciones. Más aún, el OSIPTEL solicitó en



diversas ocasiones que tanto AZTECA como REDESUR le enviaran información sobre los distintos componentes de la Metodología aplicada por las partes para el establecimiento de la contraprestación, y de la información remitida se evidenció que las partes asignaron al “Na” un valor igual a uno (1); sin embargo, OSIPTEL nunca observó, rechazó o cuestionó dicho valor.

- Así, tanto para AZTECA y REDESUR, como para el MTC y OSIPTEL, desde que se suscribió el Contrato de Compartición fue claro que la variable “Na” correspondía al “número real de arrendatarios”. Sin embargo, para AZTECA, a partir de emisión de la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, refiere que se habría aclarado que el “Na” siempre fue tres (3) y, por tanto, la contraprestación pactada debía ser ajustada. Dicha hipótesis no ha sido sustentada por AZTECA, en tanto no desarrolló fundamento legal que permitiera que una prestación contractual sea desconocida bajo la alegación del error. Si AZTECA quería valerse de un error al suscribir el referido contrato, tendría que haber sustentado y demostrado que, en efecto, su manifestación de voluntad al momento de celebrar el contrato estuvo viciada.
- AZTECA pretende que el nuevo supuesto de la variable “Na” igual a tres (3) sea aplicado desde la fecha de celebración del Contrato de Compartición, es decir, de manera retroactiva, lo cual es inconstitucional por mandato expreso del artículo 103° de la Constitución Política.
- AZTECA suscribió el Contrato y pactó la contraprestación de manera libre y consciente, aplicando la Metodología y asignando el valor de uno (1) al “Na” porque esta empresa era la única arrendataria de la infraestructura de REDESUR. AZTECA siempre entendió que el valor “Na” correspondía al “número de arrendatarios” y no a un número fijo de tres (3).
- Por otro lado, se debe tomar en cuenta que, a diferencia del valor “Na” que tiene un valor abierto y variable, la Metodología del Reglamento de la Ley de Banda Ancha ha asignado al costo incremental OPEX (variable “f”) un valor fijo de 18.3%. Dicho costo incremental OPEX es un costo único e indivisible que permite cubrir los costos de un máximo de tres (3) cables de fibra óptica, es decir, el costo incremental OPEX es un monto fijo que permite cubrir los costos de un máximo de tres (3) cables. Esto es muy claro del Informe N° 251-2013-MTC/26, y no está sujeto a discusión alguna.
- Los documentos de sustento de los diversos proyectos normativos que el MTC emitió para modificar las variables “f” y “m” de la Metodología, confirman que “Na” es una variable dinámica que depende del número de empresas que estén arrendado la infraestructura eléctrica. Uno de esos documentos, es la matriz de comentarios al proyecto de modificación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, y en donde el MTC afirma con contundencia que el “Na” es una variable dinámica que depende del número real de arrendatarios.

(iii) Respecto a que de verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme a La Metodología, determinar el monto que corresponde a REDESUR devolver a AZTECA

- La pretensión de AZTECA de que se ordene a REDESUR la devolución de los supuestos montos pagados en exceso por considerar un “Na” igual a uno (1) cuando, según AZTECA, debía ser igual a tres (3), no debe ser atendida por el



Cuerpo Colegiado Ad Hoc por ser contraria al Reglamento de la Ley de Banda Ancha y la Constitución Política, en tanto AZTECA y REDESUR si fijaron correctamente el valor del “Na” en el Contrato de Compartición.

- Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la compensación de un monto ascendente a US\$ 1, 144, 374.79 solicitada por AZTECA en su pretensión accesoria, se debe precisar que las obligaciones que pretende compensar no cumplen con las condiciones mínimas exigidas por el artículo 1288 del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 295, por lo que corresponde al Cuerpo Colegiado Ad Hoc desestimar la pretensión accesoria planteada por AZTECA en este extremo.

V. ANÁLISIS DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC

5.1. Sobre la incidencia de los laudos arbitrales en el análisis de la presente controversia

5.1.1. Laudos arbitrales emitidos en el caso de REDESUR y AZTECA

71. Mediante escrito presentado con fecha 8 de enero de 2020, REDESUR puso en conocimiento de este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, que el Tribunal Arbitral encargado de conocer la demanda arbitral presentada en contra de AZTECA, resolvió de manera definitiva la controversia discutida en dicho fuero, por lo que REDESUR indicó que dicho Laudo Final debe ser respetado, debido a que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado respecto a todos los puntos controvertidos definidos en la presente controversia.
72. Al respecto, es oportuno mencionar que, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, mediante Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTTEL al advertir la vinculación existente entre las materias controvertidas en ambas sedes (jurisdiccional arbitral y administrativa²⁰) y, en aplicación del marco legal vigente (incisos 1 y 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, e inciso 3 del artículo 3 y artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje [en adelante, Ley de Arbitraje])²¹ dispuso la suspensión del presente procedimiento.
73. Asimismo, al haber tomado conocimiento del Laudo Parcial, mediante el cual el Tribunal Arbitral al amparo del inciso 3 del artículo 3° y el artículo 41° de la Ley de Arbitraje, se declaró competente para resolver la controversia sometida a su jurisdicción, que involucraba el valor del denominador “Na” que correspondía aplicarse en el Contrato de Compartición suscrito entre las partes, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, mediante Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTTEL dispuso la

²⁰ Cabe indicar que, de la revisión a la información remitida por las partes respecto de la tramitación del referido proceso arbitral entre REDESUR y AZTECA, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc, advirtió que las materias discutidas en ambos fueros se encuentran vinculadas toda vez que versan sobre aspectos relacionados con la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura.

²¹ El inciso 1 del artículo 139° de la Constitución Política reconoce la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral. El inciso 2 del artículo 139° de la Constitución Política señala que, con relación a la independencia de la función jurisdiccional, ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. El inciso 3) del artículo 3° y el artículo 41° de la Ley de Arbitraje reconocen al tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales y ser el “único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia” (principio Kompetenz-Kompetenz).



suspensión del presente procedimiento²², bajo el marco de los incisos 1 y 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

74. Posteriormente, considerando que mediante Resolución N° 011-2019-TSC/OSIPTEL, el TSC dispuso la continuación del procedimiento, y dado que este Cuerpo Colegiado Ad Hoc tomó conocimiento del Laudo Final emitido por el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTEL, se dispuso la continuación del procedimiento administrativo únicamente respecto del periodo comprendido entre el 25 de noviembre de 2015 al 31 de julio de 2017²³. Ello en tanto no correspondía a la autoridad administrativa pronunciarse sobre una materia resuelta en sede jurisdiccional.
75. Asimismo, mediante la resolución antes referida este Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso no continuar el procedimiento respecto del periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2017 al 28 de febrero de 2018, ya que sobre este mismo periodo el Tribunal Arbitral se pronunció ordenando que AZTECA pague a REDESUR la suma de US\$ 563, 402.42 por concepto de contraprestación por el acceso y uso de infraestructura eléctrica, importe calculado con un "Na" igual a uno (1) al concluir que "... *no era posible considerar que el valor de la variable "Na" correspondiera al número máximo de cables o arrendatarios que es posible soportar; y menos aún resulta amparable asumir que se pretendió otorgar un valor fijo a la variable "Na"...*"²⁴ y que "...*el acuerdo de las partes sobre la contraprestación ha respetado la Metodología del Anexo 1 del Reglamento y el marco legal aplicable...*"²⁵.
76. Por su parte, el TSC, en su Resolución N° 014-2020-TSC/OSIPTEL²⁶, dispuso que se continúe con el trámite del presente procedimiento respecto de todo el periodo

²² Al respecto, en la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL volvió a advertir que las materias discutidas en ambos fueros versan sobre aspectos relacionados con la obligación de pago de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura, y sobre las diferencias de interpretación que sostienen las partes respecto del denominador "Na" de la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904.

²³ Cabe precisar que, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc fundamentó su decisión en concordancia con el principio de no interferencia reconocido al fuero jurisdiccional según lo establecido en los incisos 2) y 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, así como el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y los artículos 3.4, 59° y 62° de la Ley de Arbitraje; y, de conformidad con el derecho de tutela jurisdiccional efectiva, principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica.

²⁴ Fundamento 197 del Laudo Final
"197. Ahora bien, para este Tribunal Arbitral resulta indudable que del propio texto de la referida fórmula se aprecia que la variable "Na" equivale al número de arrendatarios (Donde Na: número de arrendatarios). Asimismo, teniendo en cuenta que la variable "Na" tiene una relación con el factor "F", se aprecia que el factor "F" era inicialmente considerado "20%". Entonces, ¿cabía la posibilidad que las partes adviertan que "Na" debía ser un número fijo de tres (3)? El Tribunal Arbitral observa y concluye que no era posible considerar que el valor de la variable "Na" correspondiera al número máximo de cables o arrendatarios que es posible soportar y mucho menos amparable asumir que se pretendió otorgar un valor fijo a la variable "Na"; pues no resulta lógica utilizar una "variable" para un valor que es "fijo"."

²⁵ Fundamento 211 del Laudo Final
"211. Como se ha podido corroborar, el acuerdo de las partes sobre la contraprestación ha respetado la Metodología del Anexo 1 del Reglamento y el marco legal aplicable, pues a partir de los medios probatorios que obran en el expediente se verifica que, indubitablemente, la variable "Na" corresponde al número real de arrendatarios".

²⁶ Al respecto, mediante Resolución N° 014-2020-TSC/OSIPTEL, de fecha 10 de setiembre de 2020, el TSC declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTEL, revocando la decisión del Cuerpo Colegiado Ad Hoc de no continuar con la tramitación del presente procedimiento respecto del periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2017 y el 22 de febrero de 2018; y, en consecuencia dispuso la continuación del procedimiento respecto de todo el periodo de reclamación (del 25 de noviembre del 2015 al 22 de febrero de 2018).



reclamado, siendo un fundamento de su decisión que el Laudo Final había sido impugnado por AZTECA ante el Poder Judicial, quedando pendiente su evaluación por el juez, por lo que el mismo no había quedado firme y no ostentaba la calidad de cosa juzgada²⁷.

77. Conforme a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc durante el curso del procedimiento ha considerado que, habiéndose iniciado un proceso arbitral previamente y dada la vinculación de las controversias en trámite en sede administrativa debía suspenderse la tramitación del procedimiento administrativo hasta que el Poder Judicial determine la validez de la competencia y actuaciones del Tribunal Arbitral²⁸, posición no compartida por el TSC, que por el contrario, dispuso la continuación del procedimiento en tanto los laudos parcial y final emitidos en el proceso arbitral no constituyen cosa juzgada. En tal sentido, en cumplimiento de lo dispuesto por el órgano de segunda instancia administrativa en la referida Resolución N° 014-2020-TSC/OSIPTTEL, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc continuar con la tramitación del presente procedimiento respecto de todo el periodo reclamado al no haber tomado conocimiento de la conclusión del proceso judicial iniciado por AZTECA referido a los recursos de anulación de los laudos emitidos en el proceso arbitral seguido contra REDESUR.

5.1.2. Laudos arbitrales emitidos en el caso de TESUR y AZTECA

78. Mediante escrito presentado con fecha 7 de diciembre de 2020, REDESUR remitió copia de la Resolución N° 11 expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundado el recurso de anulación de laudo planteado por AZTECA contra los laudos parcial y final emitidos por el Tribunal Arbitral encargado del proceso arbitral seguido por TESUR contra AZTECA, habiéndose confirmado la validez de dichos laudos²⁹.
79. En atención de dicho pronunciamiento, REDESUR indicó que en tanto tomó conocimiento de que AZTECA también habría interpuesto un recurso de anulación contra el Laudo Final emitido por el Tribunal Arbitral a cargo de la controversia arbitral seguida por REDESUR contra AZTECA³⁰; y siendo que las controversias entre AZTECA y TESUR en sede administrativa y arbitral son idénticas a las

²⁷ Cabe indicar que, mediante Resolución N° 014-2020-TSC/OSIPTTEL, el TSC en su fundamento 95 señaló expresamente lo siguiente:

"95. En el presente caso, (...), el Laudo Final ha sido impugnado por AZTECA ante el Poder Judicial, quedando pendiente su evaluación por el juez. En ese sentido, el referido laudo no ha quedado firme y, por ende, no ostenta calidad de cosa juzgada. Por lo tanto, no cumple con los presupuestos señalados en el TUO de la LPAG para que sea tomado en cuenta por el CCO en el procedimiento administrativo en curso".

²⁸ Cabe indicar que, mediante Memorando N° 00014-STCCO/2020, de fecha 3 de febrero de 2020, la STCCO puso en conocimiento de la Procuraduría Pública del OSIPTTEL los laudos parcial y final emitidos por el Tribunal Arbitral encargado del proceso arbitral seguido por REDESUR contra AZTECA, para las acciones que considere en el ámbito de sus funciones.

²⁹ Cabe señalar que, mediante el referido Laudo Final, el Tribunal Arbitral estableció que AZTECA y TESUR si fijaron correctamente el valor de la variable "Na" en el Contrato de Compartición, de conformidad con el marco legal vigente y, por ende, la contraprestación fue válidamente pactada por las partes.

³⁰ Es importante indicar que, AZTECA indicó en su escrito presentado ante el TSC con fecha 22 de julio de 2020, que habrían interpuesto un recurso de anulación contra el Laudo Final emitido por el Tribunal Arbitral a cargo del proceso arbitral seguido por REDESUR contra AZTECA, solicitando la suspensión de sus efectos hasta que la Sala Comercial emita su pronunciamiento. Asimismo, el TSC en su Resolución N° 014-2020-TSC/OSIPTTEL, de fecha 10 de setiembre de 2020, señaló que el referido Laudo Final había sido impugnado por AZTECA ante el Poder Judicial, quedando pendiente su evaluación por el juez, por lo que el mismo no ha quedado firme y no ostenta calidad de cosa juzgada.



seguidas entre AZTECA y REDESUR en sede administrativa y arbitral, solicita a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc tome en cuenta en la resolución final del presente procedimiento, lo decidido en la controversia entre TESUR y AZTECA en fuero jurisdiccional, lo cual constituye cosa juzgada.

80. Por su parte, a través del escrito recibido el 17 de diciembre de 2020, AZTECA refirió que, de acuerdo con los pronunciamientos del TSC³¹, no se puede renunciar a la competencia administrativa ni incumplir la obligación de ejercerla por la existencia de un pronunciamiento del fuero arbitral, salvo que se den los supuestos contemplados en el inciso 2) del artículo 74° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), referidos a la existencia de una ley o mandato judicial expreso, que haga no exigible ejercer alguna atribución administrativa de su competencia, supuestos que no se dan en el presente caso. Asimismo, AZTECA señaló que la cosa juzgada de lo decidido por el Laudo Final –confirmado por la mencionada Resolución Judicial– únicamente vincula a las partes del arbitraje, es decir a TESUR y AZTECA.
81. Al respecto, si bien los laudos parcial y final emitidos por el Tribunal Arbitral encargado de resolver la controversia entre TESUR y AZTECA han adquirido calidad de cosa juzgada, corresponde indicar que según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 123° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS (en adelante, CPC), *“la cosa juzgada solo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos”*.
82. En ese sentido, la referida Resolución N° 11 expedida por el Poder Judicial, que confirma la validez de los laudos parcial y final emitidos en el proceso arbitral seguido entre AZTECA y TESUR no tiene efectos respecto de la controversia objeto de análisis en el presente procedimiento administrativo, más aún considerando que existe un proceso judicial en trámite orientado a cuestionar los laudos parcial y final emitidos en el proceso arbitral seguido entre AZTECA y REDESUR.
83. Por tanto, y sin perjuicio de reiterar lo señalado en el numeral 77 de la presente resolución, corresponde a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc continuar con la tramitación del procedimiento administrativo y proceder a resolver el fondo de la controversia, conforme a lo dispuesto en la Resolución N° 014-2020-TSC/OSIPTEL.

5.2. Sobre la aplicación del Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria establecido en la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL

84. Mediante su escrito de alegatos, AZTECA solicitó al Cuerpo Colegiado Ad Hoc conocer el fondo de la controversia y declarar fundada su reclamación en todos sus extremos, siguiendo el criterio interpretativo aprobado como Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria a través de la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTEL, de fecha 4 de diciembre de 2020, por el cual se establece que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3).

³¹ Resoluciones N° 011-2019-TSC/OSIPTEL y N° 014-2020-TSC/OSIPTEL, de fechas 16 de julio de 2019 y 10 de setiembre de 2020, respectivamente.



85. Al respecto, mediante la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL³², el TSC aprobó el siguiente Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria:

“La aplicación del denominador “Na” en la fórmula de la “Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos”, contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, no puede restringirse a la definición del número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado en dicho marco legal para la retribución de la contraprestación periódica.

En esos términos, en tanto el denominador “Na” forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica, y al haberse acreditado que dichos costos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica desplegados por tres (3) operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, se evidencia que el valor del denominador “Na” guarda correspondencia con esa cantidad, por lo que la contraprestación resultante retribuye el costo generado por cada cable de comunicación, independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. En consecuencia, puede concluirse que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura, fijada en el precitado Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de “Na” equivalente a tres (3)”.

86. Al respecto, en relación con la institución del Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria, es oportuno mencionar que según lo establece el artículo VI del Título Preliminar del TUO de la LPAG, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación.
87. Asimismo, el artículo V del referido Título Preliminar³³, prevé que los precedentes administrativos son fuente del procedimiento administrativo y se encuentran contenidos en aquellas resoluciones emitidas por la Administración a través de tribunales que establecen criterios interpretativos de alcance general y que son debidamente publicadas. Estas decisiones agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

³² Precedente de observancia obligatoria publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 18 de diciembre de 2020 en el marco del procedimiento de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C contra Enel Distribución Perú S.A.A (Expediente N° 008-2018-CCO-ST/CI).

³³ **TUO de la LPAG**
“TÍTULO PRELIMINAR
Artículo V. – Fuentes del procedimiento administrativo

(...)

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

(...)

2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.



88. Sobre la base de lo expuesto, con el Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria aprobado con Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL, el TSC ha fijado el criterio de interpretación del valor del denominador “Na” contenido en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, el cual tiene carácter vinculante para este Cuerpo Colegiado Ad Hoc en los pronunciamientos en los que evalúe dicha materia.
89. En el presente procedimiento, las partes han reconocido haber atribuido al denominador “Na” un valor equivalente a uno (1). Así, AZTECA ha señalado que desde el inicio de la relación de compartición con REDESUR consideraron el valor de uno (1) para el denominador “Na”³⁴; mientras que, REDESUR ha señalado que las partes asignaron el valor de uno (1) al denominador “Na” al momento de suscribir el Contrato de Compartición, debido a que entendieron que dicho denominador era el número real de arrendatarios y AZTECA era el único arrendatario de la infraestructura compartida³⁵.
90. En atención a los argumentos de ambas partes, mediante Resolución N° 022-2020-CCO/OSIPTEL, de fecha 2 de enero de 2020, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc fijó los siguientes puntos controvertidos: (i) Determinar si el valor del denominador “Na” se encuentra previsto en la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904; (ii) Determinar si para el cálculo de la contraprestación contenida en el Anexo N° 5 del Contrato de Compartición, las partes han fijado el valor del denominador “Na” conforme a la Metodología; y, (iii) De verificarse que las partes no han fijado el valor del denominador “Na” conforme a la Metodología, determinar el monto que corresponde a REDESUR devolver a AZTECA.
91. Por su parte, en el Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL, el TSC ha interpretado que el denominador “Na” contenido en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda, desde su versión primigenia, contempla un valor equivalente a tres (3), independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar.
92. Para ello, en la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL, el TSC evaluó los antecedentes jurídicos vinculados al Reglamento de la Ley de Banda Ancha y, concretamente, la fórmula contenida en la Metodología establecida en el Anexo 1 del referido Reglamento³⁶, con lo cual determinó que el denominador “Na” forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos

³⁴ Mediante escrito de reclamación, de fecha 16 de agosto de 2018 (párrafo 3.3.12); AZTECA señaló que, desde el inicio de la relación de compartición con REDESUR hasta la emisión del Mandato de Compartición, se consideró un valor igual a uno (1) para el denominador “Na”.

³⁵ Mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2020, REDESUR manifestó lo siguiente: “(...). Consecuentemente, desde que se suscribió el Contrato, en el 2015, tanto AZTECA como REDESUR entendieron que “Na” era el “número real de arrendatarios”. Por ello, al momento de pactar la contraprestación y establecerla en el Contrato, AZTECA y REDESUR asignaron a dicha variable el valor de uno (1), debido a que el único arrendatario de la infraestructura solicitada por AZTECA era esta misma empresa.”

Asimismo, en atención al pedido de información efectuado a REDESUR sobre los valores utilizados en los componentes de la Metodología, a través de su escrito de fecha 16 de noviembre de 2020, esta empresa consignó como el valor denominador “Na” igual a uno (1) (Revisar Anexo 3, Formato N° 3 del ajunto del escrito de fecha 16 de noviembre de 2020).

³⁶ Véase de la página 13 a la 19 de la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSITPEL (Expediente 008-2018- 2018-CCO-ST/CI) que desarrolla la definición del valor “Na” en la fórmula de la Metodología.



- incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica y que dichos costos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica desplegados por tres (3) operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, lo que evidenciaría que el valor del denominador “Na” guarda correspondencia con esa cantidad.
93. Dado que el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por el TSC evalúa y resuelve la misma materia controvertida que la que correspondería determinar a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc en el presente procedimiento, es decir determina el valor del denominar “Na” desde la fecha de inicio del contrato de compartición; en mérito a ello, este Cuerpo Colegiado Ad Hoc se encuentra vinculado a aplicar el Precedente de Observancia Obligatorio, mediante el cual el TSC interpretó que el valor del denominador “Na” es igual a tres (3) desde la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.
94. Consecuentemente, dado que las partes fijaron la contraprestación por el acceso y uso de infraestructura, aplicando un valor del “Na” equivalente a uno (1), y que, de acuerdo con el Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria emitido por el TSC, el valor del “Na” debía ser igual a tres (3), la pretensión principal de AZTECA resulta fundada, correspondiendo a este Cuerpo Colegiado Ad Hoc determinar el importe a ser devuelto por REDESUR a AZTECA.
95. En cuanto a la pretensión accesorio, AZTECA en su reclamación comprende la devolución o, en su defecto, la compensación de un monto ascendente a US\$ 1,144,374.79. Si bien AZTECA menciona que dicho importe es lo pagado en exceso por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición (25 de noviembre de 2015) hasta la fecha de emisión del Mandato de Compartición entre AZTECA y REDESUR (22 de febrero de 2018), se identifica de los escritos y anexos presentados por AZTECA, que el pago que realizó correspondió al periodo comprendido desde diciembre de 2015 hasta julio de 2017, no habiéndose acreditado pagos efectuados en los meses restantes del periodo de reclamación.
96. Así, conforme a la información obrante en el expediente, se arrendaron durante el periodo comprendido entre diciembre de 2015 a julio de 2017, quinientas catorce (514) estructuras distribuidas entre las líneas Socabaya – Moquegua y Moquegua-Tacana, sobre las cuales se facturaron las remuneraciones mensuales unitarias de US\$ 152 y US\$ 99, sin IGV, respectivamente, por lo que la facturación total ascendió a US\$ 1,275,194.79, sin IGV, de acuerdo a lo siguiente:

Cuadro N° 1: Cantidad de estructuras arrendadas

Ítem	Descripción	Total
1	Torres LT Socabaya-Moquegua	229
2	Torres LT Moquegua-Tacna	285

Fuente: Anexo N° 5 del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica

Cuadro N° 2: Valores unitarios cobradas por Línea

Descripción	Valor unitario (US\$-mes) sin incluir IGV
Por el uso de la infraestructura de la LT Socabaya-Moquegua (220kV)	152.00
Por el uso de la infraestructura de la LT Moquegua-Tacna (220kV)	99.00

Fuente: Anexo N° 5 del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica

97. En tal sentido, en aplicación del Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria aprobado en la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTTEL, la determinación de la devolución a favor de AZTECA se debe efectuar reemplazando el valor de uno (1) por tres (3) en el denominador "Na" (único valor objeto de controversia en el presente procedimiento) en cada mes del periodo reclamado y para todas las estructuras arrendadas.

Gráfico N° 1: Fórmula de la contraprestación mensual por acceso y uso de infraestructura

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

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

Fuente: Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha

98. Por las consideraciones expuestas, en estricta aplicación del Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria fijado por Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTTEL, al considerar un valor de tres (3) en el denominador "Na" respecto del monto pagado por AZTECA (ascendente a US\$ 1,275,194.79 sin IGV) se obtiene como máxima retribución la suma de US\$. 425,064.93 sin IGV, por lo que corresponde disponer la devolución por parte de REDESUR a AZTECA del monto ascendente a US\$ 850,129.86, sin IGV.
99. Habiéndose determinado la devolución antes indicada, respecto de la compensación aludida por AZTECA en su pretensión accesorio, corresponderá la aplicación de la normativa de la materia.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **FUNDADA** la pretensión principal presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Red Eléctrica del Sur S.A., referida a que la contraprestación fijada en el marco del Contrato de Compartición excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura de Red Eléctrica del Sur S.A. podía exigir a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., al haberse atribuido erróneamente un valor igual a uno (1) al denominador "Na", en lugar de tres (3), en aplicación del Precedente de Observancia Obligatorio aprobado por Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTTEL.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Artículo Segundo. - Declarar **FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesoria de la pretensión principal contenida en la reclamación de Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Red Eléctrica del Sur S.A. referida a la devolución del importe ascendente a US\$ US\$ 1,144,374.79, por las consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo Tercero. - Ordenar a Red Eléctrica del Sur S.A. la devolución a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. del importe ascendente a US\$ 850,129.86, sin IGV, calculado con un "Na" igual a tres (3), en aplicación del Precedente de Observancia Obligatorio aprobado por Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. -

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc Tania Zúñiga Fernández, Renzo Rojas Jiménez y Laura Montalvo Mundaca.

TANIA ZUÑIGA FERNANDEZ
PRESIDENTA DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC