



RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Nº 00005-2022-TSC/OSIPTEL

Lima, **24 de febrero de 2022**

EXPEDIENTE	007-2018-CCO-ST/CI
RECLAMANTE	Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.
RECLAMADA	Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C.
MATERIA	Acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica
APELACIÓN	Resolución Nº 038-2021-CCO/OSIPTEL

SUMILLA: *Se declara INFUNDADO el recurso de apelación presentado por Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C contra la Resolución Nº 038-2021-CCO/OSIPTEL emitida por los Cuerpos Colegiados Ad Hoc con fecha 06 de octubre de 2021.*

Asimismo, se declara FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación presentado por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra la Resolución Nº 038-2021-CCO/OSIPTEL emitida por los Cuerpos Colegiados Ad Hoc con fecha 06 de octubre de 2021; y, en consecuencia, MODIFICAR el importe que se le ordenó devolver a Transmisora Eléctrica del Sur S.A. de la suma de US\$ 754 531.88 a la suma de US\$ 952 378.10 correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación.

VISTOS:

- (i) El Expediente Nº 007-2018-CCO-ST/CI (Cuaderno Principal)
- (ii) El recurso de apelación presentado el 09 de noviembre del 2021 por Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C (en adelante, TESUR) contra la Resolución Nº 038-2021-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc (en adelante, CCO) del 06 de octubre de 2021.
- (iii) El recurso de apelación presentado el 09 de noviembre del 2021 por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C (en adelante, AZTECA) contra la Resolución Nº 038-2021-CCO/OSIPTEL emitida por el CCO del 06 de octubre de 2021.
- (iv) El escrito de absolución presentado por TESUR, de fecha 28 de diciembre del 2021
- (v) El escrito de absolución presentado por AZTECA, de fecha 30 de diciembre del 2021





CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 16 de agosto de 2018, AZTECA presentó una reclamación contra TESUR con en el marco del “Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica”, celebrado el 25 de noviembre de 2015 (en adelante, Contrato de Compartición), debido a que desde el inicio de la relación contractual se le habría exigido el pago de una contraprestación al menos tres (3) veces superior a la máxima que puede cobrarse conforme a la Ley N° 29004, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley de Banda Ancha) y a su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC y sus modificatorias (en adelante, el Reglamento).
2. AZTECA solicitó como pretensión principal que se declare que la contraprestación exigida en el marco de la relación de compartición excedía el importe máximo de retribución exigible por el uso compartido de infraestructura. Como pretensión accesorio, AZTECA solicitó que se ordene la restitución del monto que habría pagado en exceso desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición dictado por el OSIPTEL ⁽¹⁾ o, en su defecto, que este monto se compense con las facturas que emitirá TESUR a AZTECA en el futuro por el uso de su infraestructura ⁽²⁾.
3. Mediante Resolución N° 001-2018-CCO/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2018, el CCO admitió a trámite la reclamación de AZTECA en materia de acceso y uso de infraestructura eléctrica.
4. El 4 de octubre de 2018, TESUR solicitó la inhibición del CCO señalando que la materia en discusión se encuentra sometida a consideración de un tribunal arbitral ⁽³⁾ (en adelante, Tribunal Arbitral), por lo que de continuar con la tramitación de la controversia se vulneraría la prohibición de avocamiento indebido y el principio de *Kompetenz-Kompetenz*. En la misma fecha, TESUR contestó la reclamación de AZTECA y formuló una excepción de incompetencia.
5. Mediante la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL del 12 de diciembre de 2018, el CCO declaró infundada la solicitud de inhibición formulada por TESUR y, al mismo tiempo, decidió suspender de oficio el procedimiento administrativo hasta que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre su competencia en torno al proceso arbitral seguido entre TESUR y AZTECA.
6. El 28 de diciembre de 2018, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 007-2018-CCO/OSIPTEL, en el extremo que dispuso la suspensión del procedimiento administrativo y solicitó que se emita un pronunciamiento que desestime la excepción de incompetencia formulada por TESUR.

¹ Mediante Resolución N° 046-2018-CD/OSIPTEL del 22 de febrero de 2018, el Consejo Directivo del OSIPTEL emitió el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado entre AZTECA y TESUR (en adelante, Mandato de Compartición).

² Mediante Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTEL del 22 de octubre de 2018, se acogió el pedido de rectificación de la pretensión accesorio formulada por AZTECA.

³ En el proceso arbitral seguido por TESUR contra AZTECA, llevado a cabo en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el marco del Expediente N° 1518-230-17.





7. El 13 de febrero de 2019, AZTECA informó que se le notificó el laudo parcial emitido por el Tribunal Arbitral que evalúa la controversia entre esta empresa y TESUR, en el que se pronuncia sobre la excepción de incompetencia que formuló en dicho fuero (en adelante, Laudo Parcial). Asimismo, precisó que con esta decisión se habría cumplido la condición establecida por el CCO para suspender el procedimiento. Considerando estos hechos, AZTECA formuló el desistimiento de su recurso de apelación y solicitó que este sea aceptado a fin de que se remita el expediente al CCO para que emita pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia deducida por TESUR en dicha instancia administrativa.
8. Mediante la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL del 8 de mayo de 2019, el CCO dispuso mantener la suspensión del procedimiento administrativo hasta que el Laudo Parcial, mediante el cual el Tribunal Arbitral se pronunció sobre su competencia, adquiera la calidad de firme.
9. Mediante escrito del 22 de mayo de 2019, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL en el extremo que ordenó mantener la suspensión del procedimiento y omitió emitir un pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia deducida por TESUR. En ese sentido, AZTECA solicitó que se revoque la referida decisión y se ordene la continuación de la tramitación del procedimiento, desestimando la excepción de incompetencia deducida por TESUR.
10. Mediante Resolución N° 013-2019-TSC/OSIPTEL del 16 de julio de 2019, este Tribunal declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución N° 012-2019-CCO/OSIPTEL y, en consecuencia, revocó la decisión de mantener la suspensión del procedimiento administrativo y ordenó la continuación de su tramitación. Asimismo, denegó el pedido de AZTECA para emitir pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia formulada por TESUR.
11. Mediante Resolución N° 014-2019-CCO/OSIPTEL del 2 de agosto de 2019, el CCO dispuso continuar con la tramitación del procedimiento administrativo.
12. Mediante escrito del 8 de enero de 2020, TESUR solicitó al CCO dejar sin efecto la Audiencia de Pruebas programada y puso en su conocimiento que el Tribunal Arbitral, encargado de resolver la demanda arbitral presentada por TESUR contra AZTECA, resolvió de manera definitiva mediante laudo arbitral la controversia sometida a su jurisdicción (en adelante, Laudo Final), pronunciándose respecto de los puntos controvertidos fijados mediante Resolución N° 022-2020-CCO/OSIPTEL. En ese sentido, TESUR sostuvo que de continuarse con la tramitación del presente procedimiento se configuraría una manifiesta interferencia respecto de lo decidido por el fuero jurisdiccional arbitral.
13. Mediante Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTEL del 3 de febrero de 2020, el CCO resolvió aceptar en parte la solicitud de TESUR, consistente en que el CCO se desista de continuar con la tramitación del procedimiento administrativo respecto del periodo objeto de pronunciamiento del Tribunal Arbitral. Asimismo, desestimó su solicitud en lo concerniente al periodo del 25 de noviembre de 2015 al 31 de julio de 2017 y, en consecuencia, dispuso proceder con la continuación del procedimiento para resolver la controversia entre TESUR y AZTECA sobre el mencionado periodo.
14. Mediante escrito del 18 de febrero de 2020, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 024-2020-CCO/OSIPTEL, el cual fue declarado fundado por este Tribunal mediante Resolución N° 016-2020-TSC/OSIPTEL del 10



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

de setiembre de 2020, revocando la decisión del CCO de no continuar con la tramitación del procedimiento respecto del periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2017 y el 22 de febrero de 2018 y, en consecuencia, ordenó la continuación del procedimiento administrativo. Asimismo, declaró improcedente la adhesión al recurso de apelación presentada por TESUR contra la referida resolución ⁽⁴⁾.

15. Mediante escrito del 7 de diciembre de 2020, TESUR remitió copia de la Resolución N° 11 de fecha 17 de noviembre de 2020, expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante, Resolución Judicial), mediante la cual confirmó la validez del Laudo Parcial y el Laudo Final emitidos por el Tribunal Arbitral a cargo del proceso arbitral iniciado por TESUR contra AZTECA. En consecuencia, TESUR solicitó se tenga en cuenta el referido pronunciamiento para el análisis de la presente controversia.
16. Mediante Resolución N° 035-2021-CCO/OSIPTEL, el CCO declaró concluido el presente procedimiento sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia.
17. Mediante Escrito N° 28 del 24 de febrero de 2021, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 035-2021-CCO/OSIPTEL solicitando que se revoque.
18. Mediante Resolución N° 036-2021-CCO/OSIPTEL del 2 de marzo de 2021, el CCO declaró el concesorio del recurso de apelación interpuesto por AZTECA contra la Resolución Impugnada.
19. A través de la Resolución N° 00020-2021-TSC/OSIPTEL, de fecha 25 de junio de 2021, el TSC resolvió lo siguiente:

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

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

20. Por Resolución N° 037-2021-CCO/OSIPTEL, de fecha 23 de agosto de 2021, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc dispuso continuar con la tramitación del presente procedimiento, en el marco de lo dispuesto por el TSC mediante Resolución N° 020-2021-TSC/OSIPTEL.

⁴

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

BICENTENARIO
PERÚ 2021



21. Mediante Resolución N° 038-2021-CCO/OSIPTEL, de fecha 06 de octubre del 2021, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc resolvió lo siguiente:

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

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 Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C. referida a la devolución del importe ascendente a US\$ 1,011,277.82, por las consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo Tercero. - Ordenar a Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C. la devolución a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. del importe ascendente a US\$ 754,531.88, sin IGV, calculado con un “Na” igual a tres (3), en aplicación del Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL.

22. Mediante Escrito del 09 de noviembre de 2021, AZTECA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 038-2021-CCO/OSIPTEL, solicitando que se revoque, atendiendo a los siguientes argumentos:

- (i) Tal y como lo garantiza el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, y el Precedente aprobado por el TSC, la contraprestación no debe superar el precio máximo en aplicación correcta de la Metodología, por lo que la primera instancia tiene la obligación de garantizar que para determinar la retribución se apliquen los valores legales de todas las variables de la fórmula metodológica.
- (ii) Con la decisión de la primera instancia, no se está ordenando la devolución de todo lo que fue cobrado por TESUR por encima del precio máximo legal. Con la decisión de la primera instancia, consistente en la devolución de US\$ 754,531.88, se continúa vulnerando el marco normativo, sin resolverse nuestro pedido: la devolución de todo lo que corresponde a lo pagado por encima del máximo legal.

23. Mediante Escrito del 09 de noviembre del 2021, TESUR interpuso recurso de apelación contra la Resolución Impugnada, solicitando la nulidad, atendiendo a los siguientes argumentos:

- (i) La Resolución N° 038-2021-CCO/OSIPTEL implica una grave interferencia con lo laudado a favor de TESUR y, por lo tanto, una manifiesta vulneración a su derecho a la cosa juzgada. Además, siendo que el Laudo Final es un pronunciamiento definitivo, inapelable, de obligatorio cumplimiento y que produce efectos de cosa juzgada, dicha resolución colisiona frontalmente con lo establecido en el artículo 59 de la Ley de Arbitraje.
- (ii) El Laudo Final produce efectos de cosa juzgada por mandato del artículo 59° de la Ley de Arbitraje y por ese solo hecho ya goza de la protección conferida por el artículo 139 de la Constitución. Esto convierte al Laudo Final





en un pronunciamiento inmutable al interior y al exterior del proceso en el que se emitió y ese es el efecto de cosa juzgada material que prohíbe que cualquier otra autoridad se pronuncie sobre el contenido de una resolución que ha quedado firme y, por lo tanto, es inmodificable.

- (iii) El artículo 452 no es un requisito para que un laudo arbitral o resolución produzca efectos de cosa juzgada. Como ya se dijo, dichos efectos son automáticos por el solo hecho de tratarse de una resolución firme. Lo que hace el artículo 452 es establecer los criterios que definen cuándo estamos frente a "procesos idénticos" con la única finalidad de regular cuándo se puede promover alguna de las excepciones previstas en el artículo 453 del Código Procesal Civil.
 - (iv) El CCO debió tener en cuenta que, en el presente procedimiento no le correspondía aplicar dicho Precedente, pues la controversia ya ha sido resuelta en sede jurisdiccional. En ese sentido, el CCO debió declarar la sustracción de la materia y concluir el presente Procedimiento.
 - (v) La aplicación del Precedente cuando ya existe un pronunciamiento jurisdiccional sobre la misma materia tiene como resultado la situación totalmente opuesta a su finalidad (otorgar predictibilidad), pues impediría la ejecución de una decisión definitiva y generaría incertidumbre. Así, pues, la aplicación del Precedente mediante la Resolución 38 es contrario al objeto mismo de lo regulado en la LPAG sobre precedentes administrativos.
24. Mediante Resolución N° 039-2021-CCO/OSIPTEL del 16 de noviembre de 2021, el CCO declaró el concesorio del recurso de apelación interpuesto por AZTECA y TESUR contra la Resolución Impugnada.
25. Mediante Memorando N° 00110-STCCO/2021 del 23 de noviembre del 2021, la STCCO remitió a este Tribunal el Cuaderno Principal del Expediente N° 007-2018-CCO-ST/CI, a efectos de emitir pronunciamiento sobre el recurso de apelación.
26. El 28 de diciembre del 2021, TESUR absolvió el recurso de apelación presentado por AZTECA, solicitando que sea declarado infundado, en atención a los siguientes argumentos:
- (i) AZTECA en ningún momento alegó que alguna otra variable de la Metodología -distinta del "Na"- haya sido "incorrectamente" aplicada por las partes, menos aún ha probado cualquier otro error.
 - (ii) Todos los puntos controvertidos fijados por el Cuerpo Colegiado -y respecto de los cuales AZTECA no planteó cuestionamiento alguno se refieren a la determinación del valor de la variable "Na". Y es sobre estos puntos controvertidos que ha versado todo el procedimiento de solución de controversias. Este procedimiento, pues, nunca tuvo por objeto discutir o calcular el valor de otras variables de la Metodología distintas al "Na".
 - (iii) El Cuerpo Colegiado considera correctamente que un pronunciamiento sobre un extremo no incluido en el petitorio de AZTECA calificaría como un "vicio extra petita" que otorgaría a AZTECA algo distinto a lo requerido por la empresa. De ese modo, sería contrario al Principio de Congruencia, recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.





- (iv) AZTECA pretende incorporar una nueva pretensión a través de un escrito de Apelación, respecto de la cual TESUR no ha tenido oportunidad alguna de pronunciarse a lo largo del procedimiento. Por ello, su incorporación a la resolución final constituiría una vulneración al derecho de defensa o contradicción de TESUR, viciándola de nulidad.
 - (v) En relación a la disposición del precedente de observancia obligatoria de calcular todas las variables de la metodología TESUR señala que no puede ser aplicado por encima de normas con rango legal y constitucional, como el Principio de Congruencia regulado en el Código Procesal Civil o el derecho de defensa reconocido constitucionalmente.
27. De la misma forma, el 30 de diciembre de 2021, AZTECA absolvió la apelación presentada por TESUR, solicitando que sea declarada infundada, en atención a los siguientes argumentos:
- (i) El Laudo Parcial y el Laudo Final únicamente tienen efectos sobre las partes dentro del arbitraje. Es más, el propio Código Procesal Civil establece que la "cosa juzgada" tiene efectos únicamente sobre las partes del proceso respectivo. Carece de sentido que la posición del TSC -que afirmó sus exclusivas competencias para resolver nuestra reclamación- debería cambiar por la existencia de un Laudo Final. En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos que reitera TESUR en su apelación.
 - (ii) En el presente procedimiento no se discute la validez del Laudo Final, ni las competencias de un Tribunal Arbitral, por lo que OSIPTEL no se encuentra conociendo alguna de las controversias que fue discutida en vía arbitral y, posteriormente, confirmó el Poder Judicial.
 - (iii) El marco legal vigente contempla que la competencia del OSIPTEL es obligatoria y exclusiva para la solución de controversias en materia regulada, siendo necesaria la vía administrativa previa. Así, controversias como la que contiene nuestra reclamación no puede ser sometida a consideración de un fuero jurisdiccional, sin que se haya obtenido un pronunciamiento en vía administrativa.
 - (iv) Rechazamos completamente que TESUR busque resguardar la seguridad jurídica o el marco legal. La contraparte busca que OSIPTEL deje de ejercer sus exclusivas competencias legales, dándole prioridad a un Laudo Final, generando incertidumbre y diferencias entre lo resuelto en este expediente y otros de naturaleza similar seguidos con otras empresas eléctricas.
 - (v) Adicionalmente a lo anterior, TESUR no puede desconocer que en el supuesto que eventualmente existan pronunciamientos en sentidos opuestos, tanto la vía arbitral como la vía administrativa tienen mecanismos de control de sus decisiones. En ningún caso, la mencionada situación afectaría la seguridad jurídica de las partes. Así, los pronunciamientos en sede administrativa pueden impugnarse ante el Poder Judicial.
 - (vi) En aplicación del precedente de observancia obligatoria y los otros pronunciamientos emitidos por el TSC, en este caso la segunda instancia tiene que verificar si la Metodología, en su totalidad, ha sido aplicada correctamente, respetándose lo previsto en el marco legal.





II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

28. Considerando los argumentos expuestos por AZTECA Y TESUR, este Tribunal considera que las cuestiones en discusión en el presente caso son las siguientes:
- (i) Determinar si es nula la Resolución impugnada por contravenir la cosa juzgada y la tutela jurisdiccional efectiva
 - (ii) Determinar si es nula la Resolución impugnada por contravenir las normas vinculadas a la aplicación de los precedentes administrativos y si el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTTEL es aplicable al presente procedimiento administrativo.
 - (iii) Determinar si corresponde modificar el monto que TESUR deberá devolver o compensar a favor de AZTECA.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. SOBRE LA VULNERACIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY COMO CAUSAL DE NULIDAD

3.1.1. PRESUNTA VULNERACIÓN A LA COSA JUZGADA Y LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

29. TESUR señala en su recurso de apelación que el laudo final constituye cosa juzgada, que una vez que una resolución o laudo arbitral ha adquirido calidad de cosa juzgada su contenido se vuelve inmutable y debe ser respetado por todos, por lo que ninguna autoridad, incluido el OSIPTTEL, puede interferir en su ejecución, desconocer o contravenir lo dispuesto en estos.
30. Agrega que no obstante que existe absoluto consenso en que el Laudo Final ya resolvió la controversia de manera definitiva, inapelable y con efectos de cosa juzgada, el TSC ignorando nuevamente dichos efectos, el 25 de junio de 2021, emitió la Resolución No 020-2021-TSC/OSIPTTEL, mediante la cual ordenó al CCO continuar con el presente Procedimiento y emitir un pronunciamiento sobre el fondo, que considere lo dispuesto en el Precedente.
31. Sobre ello, TESUR señala que por la insistencia del TSC, el CCO ha tenido que emitir una resolución que colisiona de manera frontal con lo dispuesto en una decisión jurisdiccional con carácter de cosa juzgada y, por lo tanto, que interfiere con dicho mandato, afectando los derechos constitucionales de TESUR a la cosa juzgada y tutela jurisdiccional efectiva.
32. Además, refiere que el mandato constitucional contenido en el artículo 139 de la Constitución es absoluto y no da margen alguno para que una autoridad interprete los alcances de los efectos de cosa juzgada de una resolución, menos aún condicione dichos efectos a que se cumplan requisitos adicionales.
33. Asimismo, señala que lo estipulado en el artículo 452 del TUO del Código Procesal Civil no es un requisito para que un laudo arbitral o resolución judicial produzcan efectos de cosa juzgada. Dichos efectos son automáticos por el solo hecho de tratarse de una resolución firme. Lo que hace el artículo 452 es establecer los criterios que definen cuándo estamos frente a "procesos idénticos" con la única



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

finalidad de regular cuándo se puede promover alguna de las excepciones previstas en el artículo 453 del TUO del Código Procesal Civil

34. Debido a ello, menciona que la triple identidad solamente se analiza en el marco de las excepciones procesales establecidas en el artículo 453 TUO del Código Procesal Civil, ninguna de las cuales ha sido planteada en este caso. Esa triple identidad requerida para las excepciones en nada altera (ni podría alterar) el mandato del artículo 139 de la Constitución antes aludido.
35. Por último, sostiene que el análisis que realizó el TSC en la Resolución N° 00020-2021-TSC/OSIPTEL sobre la triple identidad para desconocer el Laudo Final y ordenar al CCO que continúe con el presente procedimiento, también es equivocado.
36. Por su parte, AZTECA ha señalado en su escrito de absolución que el Laudo Parcial y el Laudo Final únicamente tienen efectos sobre las partes dentro del arbitraje y que, el propio Código Procesal Civil establece que la "cosa juzgada" tiene efectos únicamente sobre las partes del proceso respectivo. Carece de sentido que la posición del TSC -que afirmó sus exclusivas competencias para resolver nuestra reclamación- debería cambiar por la existencia de un Laudo Final.
37. En suma, para AZTECA, el marco legal vigente contempla que la competencia de OSIPTEL es obligatoria y exclusiva para la solución de controversias en materia regulada, siendo necesaria la vía administrativa previa.
38. Al respecto, como ya ha señalado este Tribunal en la Resolución N° 00020-2021-TSC/OSIPTEL, emitida en este mismo caso, la discrepancia se encuentra en los alcances del efecto de la cosa juzgada y su incidencia en este procedimiento administrativo.
39. El Tribunal Constitucional ⁽⁵⁾ ha señalado que la cosa juzgada garantiza el derecho a que las resoluciones o fallos judiciales que hayan puesto fin al proceso no puedan ser recurridos mediante medios impugnatorios, ya sea porque han sido agotados o ha transcurrido el plazo para impugnarlos, y a que su contenido no pueda ser dejado sin efecto ni modificado por actos de otros poderes públicos, de terceros o de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó, independientemente de si el pronunciamiento fue favorable o desfavorable para quien promovió la acción.

⁵

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

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

(Énfasis agregado)

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

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

(Énfasis agregado)

BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osipitel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 173-2K809YU\$W1



40. Asimismo, también ha señalado que el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales que adquirieron la calidad de cosa juzgada “constituye un límite [de] los órganos de Poder Judicial y de la Administración Pública, en tanto les prohíbe que puedan modificar la *ratio decidendi* o los términos de ejecución de las resoluciones judiciales que han adquirido la autoridad de cosa juzgada o tergiversar sus términos o interpretarlos en forma maliciosa, parcializada o carente de razonabilidad, garantizando así la eficacia del principio de seguridad jurídica” (6).
41. Del texto citado se aprecia que el Tribunal Constitucional estableció como criterio para determinar los alcances del contenido del laudo o decisión judicial que tienen la protección de la cosa juzgada (i) la *ratio decidendi*, y (ii) los términos de ejecución de la decisión.
42. Adicionalmente, el máximo intérprete de la Constitución ha desarrollado también lo relativo al efecto de cosa juzgada del laudo en su vertiente formal y material, señalando que esta última garantiza que no podrá dictarse un nuevo laudo o sentencia sobre lo que ha sido objeto del arbitraje, de forma que el contenido del laudo que tenga dicha condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado.

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

23. En relación a este derecho, y haciendo un matiz para la jurisdicción arbitral, este Tribunal Constitucional considera que el derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral, entre otros contenidos, “garantiza el derecho de toda parte arbitral, en primer lugar, a que los laudos que hayan puesto fin al proceso arbitral, y que no hayan sido impugnados oportunamente, no puedan ser recurridos posteriormente mediante medios impugnatorios o recursos, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlos; y, en segundo lugar, a que el contenido de los laudos que hayan adquirido tales condiciones, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos árbitros que resolvieron el arbitraje en el que se dictó el laudo” (Cfr., mutatis mutandis, STC N° 04587-2004-AA/TC, fundamento 38).” (7)

(Énfasis agregado)

43. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en la Casación N° 14770-2017, La Libertad, que la cosa juzgada surte efectos cuando convergen los requisitos necesarios que dan lugar a la triple identidad que señala el artículo 452 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS (en adelante, Código Procesal Civil), deben tratarse de las mismas partes, de los mismos hechos que den fundamento a las pretensiones y del mismo interés para obrar.
44. En la misma línea, la doctrina especializada en arbitraje ha señalado que la cosa juzgada material impide que se abra un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido

6

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

7

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





juzgado por el árbitro siempre que exista identidad de sujetos, objeto y actividad arbitral concluida, es decir, no se puede iniciar otro juicio sobre la misma controversia sometida a arbitraje ni se puede juzgar de forma contraria a lo resuelto ⁽⁸⁾.

45. En este orden de ideas, es innegable que el Laudo Final en efecto tiene calidad de cosa juzgada, lo que implica que este no puede ser recurrido ni cuestionado, y que su contenido -entendido como la *ratio decidendi* y sus términos de ejecución- no pueden ser modificados, dejados sin efecto, ni puede interferirse con su ejecución.
46. No obstante, el hecho de que el referido laudo tenga dicha calidad no tiene como consecuencia directa que exista cosa juzgada respecto de la materia controvertida en este procedimiento administrativo. Para abordar el cuestionamiento de TESUR, no basta con revisar y establecer una relación entre el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral y la materia que se discute en este procedimiento, sino que es menester determinar si la controversia objeto del presente procedimiento administrativo ya ha sido juzgada y resuelta por el Tribunal Arbitral en el proceso que dio lugar al referido laudo y, por tanto, si la institución procesal de la cosa juzgada resulta aplicable al caso concreto.
47. De ser aplicable, la garantía de la cosa juzgada surtirá sus efectos en su vertiente formal y material, impidiendo que una autoridad administrativa, como el CCO, se vuelva a pronunciar sobre una decisión que ha adquirido dicha calidad, como aquella contenida en el Laudo Final.
48. El Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS (en adelante, Código Procesal Civil) contiene diversas disposiciones sobre la institución procesal de la cosa juzgada. En su artículo 453 ⁽⁹⁾ establece que es fundada la excepción de cosa juzgada cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya ha sido resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme. El mismo texto legal desarrolla qué se entiende por procesos idénticos, indicando que *“Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos”* ⁽¹⁰⁾.

⁸ Cantuarias, F. Ejecución de laudos arbitrales ejecutados en el Perú. En: Revista Derecho & Sociedad, N° 25, 2005. p. 209. En este se señala lo siguiente:

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

⁹ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL – RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS**

“Amparo de las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción.-

Artículo 453.- Son fundadas las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:

- 1. Que se encuentra en curso;***
- 2. Que ya fue resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme;***
- 3. En que el demandante se desistió de la pretensión; o,***
- 4. En que las partes conciliaron o transigieron.”***

(Énfasis agregado)

¹⁰ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL – RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS**

“Procesos idénticos.-



49. Asimismo, este Tribunal en la Resolución N° 020-2021-TSC/OSIPTEL hizo un análisis de la garantía e institución procesal de la cosa juzgada del laudo final en el presente caso, señalando que la cosa juzgada es un límite no solo para los órganos jurisdiccionales, sino también para la actuación de la Administración pública, quien no puede pronunciarse sobre una controversia que ha sido resuelta mediante sentencia o laudo que haya adquirido la calidad de cosa juzgada.
50. No obstante, para que la garantía de la cosa juzgada desprenda sus efectos, no basta con que exista una vinculación entre las materias o puntos controvertidos fijados en un procedimiento con el sustento de una decisión jurisdiccional adoptada en otro proceso, sino que deben tratarse de procesos idénticos, esto es, debe existir la triple identidad entre el proceso en trámite y el proceso concluido con decisión firme: (i) identidad de partes, lo que también implica que se trate del mismo demandante y demandado en ambos casos; (ii) identidad de petitorio; e, (iii) identidad de interés para obrar.
51. Considerando lo anterior, este Tribunal considera que no existe vulneración al derecho de TESUR a la tutela jurisdiccional efectiva ni a su derecho a la cosa juzgada al verificarse que en el presente procedimiento y el proceso tramitado no existe la mencionada triple identidad, tal como se señala a continuación:

Identidad de partes

52. Con relación al requisito de la identidad de partes, en efecto, AZTECA y TESUR fueron y son partes en ambos procedimientos. No obstante, la diferencia radica en las situaciones jurídico-procesales de ambas partes son diferentes, habida cuenta que AZTECA es quien actúa como reclamante en este procedimiento administrativo, mientras que TESUR fue la demandante en el proceso arbitral, por lo que no se trata de la misma persona demandante y demandada en ambos casos.

Identidad de petitorio

53. Como se ha señalado previamente, el petitorio u objeto del procedimiento -y, por tanto, la decisión final- está delimitado en función la pretensión o pretensiones formuladas en ambos procesos.
54. Si bien en ambos casos existe un elemento en común (la contraprestación por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica), se advierte que no existe identidad de pretensiones.
55. Por un lado, AZTECA solicitó al OSIPTEL que declare que la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición supera el precio máximo legal que podía exigirle TESUR y, por tanto, solicita que se le devuelva el monto pagado en exceso (US\$ 1'011,277.82) desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición ⁽¹¹⁾. Por otro lado, TESUR solicitó que se ordene a AZTECA que cumpla con el pago de una determinada suma de dinero que tiene adeudada por concepto de contraprestación de acceso y uso de

Artículo 452.- Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.”

11

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





infraestructura eléctrica correspondiente al periodo de agosto de 2017 a febrero de 2018 de conformidad con el contrato suscrito entre las partes el 25 de noviembre de 2015 y, en consecuencia, que se declare infundado su requerimiento de ajustar dicho monto.

56. Adicionalmente, cabe señalar que la causa de pedir o fundamento inmediato del pedido de AZTECA formulado en su reclamación se encuentra en el hecho de que, con la Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03 ⁽¹²⁾, el Informe N° 292-2017-MTC/26 que la sustenta y lo señalado por el Consejo Directivo en el Mandato de Compartición, AZTECA se percató que habría venido pagando una suma al menos tres (3) veces mayor a la contraprestación máxima exigible por acceso y uso de infraestructura eléctrica de conformidad con la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento, al asignar al denominador “Na” un valor de uno (1) en lugar de tres (3), por lo que correspondería que TESUR devuelva lo pagado en exceso correspondiente a la facturación del periodo comprendido entre diciembre de 2015 a julio de 2017.
57. De otro lado, la causa de pedir o el fundamento inmediato del pedido de TESUR en el proceso arbitral se encuentra en el incumplimiento de una obligación contenida en el Contrato de Compartición por parte de AZTECA, en lo que respecta al pago de la contraprestación por el servicio de acceso y uso compartido de infraestructura prestado por TESUR en el periodo comprendido entre agosto de 2017 y febrero de 2018. Ello toda vez que, con la mencionada Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03, AZTECA manifestó no encontrarse de acuerdo con la contraprestación exigida en dicho periodo, solicitando su ajuste, no solo respecto de los valores “m” y “f” de la fórmula metodológica, sino considerando un valor de tres (3) para el denominador “Na” pese a que las partes le habían asignado el valor de uno (1).

Identidad de interés para obrar

58. Con relación al tercer requisito, para determinar si existe identidad de interés para obrar, se debe analizar la utilidad que el proceso puede proveer a la necesidad de tutela invocada por el actor, de modo que pueda entenderse que el resultado del proceso producirá un cambio en su esfera jurídica y, por tanto, que le será útil ⁽¹³⁾. Siendo así, más allá de que exista una misma relación jurídica entre ambas partes en virtud de un mismo contrato, no se observa un mismo interés para obrar en ambos casos.
59. Ello se debe a que AZTECA, como accionante en el procedimiento administrativo trilateral, buscaría que el OSIPTEL como entidad competente determine que se está incumpliendo el marco regulatorio establecido en el Reglamento, debido a que la contraprestación pactada en el contrato excede el precio tope establecido en el mismo. Asimismo, busca que se reconozca su derecho a la devolución de lo pagado en exceso por contraprestación periódica de acceso y uso de infraestructura eléctrica de conformidad con la metodología para el cálculo de la contraprestación periódica establecida en el Reglamento, en el periodo delimitado entre diciembre de 2015 y julio de 2017 ⁽¹⁴⁾ y, por ende, que TESUR

¹² Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 5 de agosto de 2017.

¹³ AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. “El interés para obrar”. Revista Themis, N° 58 (2010), pág. 64.

¹⁴ Como se ha señalado, en su escrito de reclamación, AZTECA solicitó como pretensión accesorio a la pretensión principal la devolución de un importe ascendente a US\$ 1'011,277.82 que correspondería al





cumpla con devolver dicho importe. Por otro lado, TESUR, como accionante en el proceso arbitral, buscó que se reconozcan sus derechos como acreedor frente a AZTECA, al haber incumplido esta última con efectuar el pago en virtud del contrato de compartición de infraestructura de fecha 25 de noviembre de 2015 y, por ende, que este cumpla con su obligación de pago de la contraprestación periódica pactada correspondiente a un periodo distinto, esto es, entre agosto de 2017 y febrero de 2018.

60. De acuerdo con lo anterior, se ha verificado que no se presenta la triple identidad entre este procedimiento administrativo en trámite y el proceso arbitral seguido ante el Tribunal Arbitral.
61. Sobre la presunta vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva, cabe señalar que este Tribunal no desconoce la calidad de cosa juzgada y ejecutoriedad de los Laudos Parcial y Final y reconoce que los órganos de solución de controversias del OSIPTEL no pueden emitir actos administrativos que modifiquen su contenido, los dejen sin efecto, contravengan su mandato o interfieran con su ejecución.
62. Adicionalmente, sin perjuicio de haberse verificado que no existe cosa juzgada respecto del objeto controvertido en el presente caso, resulta pertinente señalar que ni la continuación de este procedimiento ni una futura decisión de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL sobre la materia sometida a su conocimiento modifican el contenido del Laudo Final, lo deja sin efecto, contraviene su mandato ni impide o retarda su ejecución en los términos establecidos en este.
63. Se debe reiterar que, si bien el Tribunal Arbitral efectuó un análisis sobre el valor del denominador “Na” y la legalidad de la contraprestación pactada en el Contrato de Compartición como parte de su fundamentación para resolver la controversia sometida a su fuero, considerando que un valor de uno (1) es acorde con la normativa, ello lo realizó a fin de atender pretensiones diferentes a las presentadas en este procedimiento administrativo y, por tanto, para resolver una controversia distinta a la que se discute en esta sede, en la que se busca determinar si la contraprestación pactada se encuentra acorde al marco regulatorio de compartición de infraestructura establecido en el reglamento y que es de competencia exclusiva del OSIPTEL, por lo que los argumentos del referido análisis no son vinculantes para el OSIPTEL, al no tratarse de procesos idénticos en virtud de lo cual resulte aplicable -a este procedimiento- la institución procesal y garantía de la cosa juzgada.
64. De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal considera que la resolución del CCO no vulnera el derecho de TESUR a la tutela jurisdiccional efectiva ni su derecho a la cosa juzgada. De igual manera, el OSIPTEL no estaría interfiriendo con la ejecución de una decisión emitida por un órgano jurisdiccional, el cual ya es tema entre las partes del proceso arbitral, por lo que corresponde desestimar el argumento planteado por TESUR.

monto pagado en exceso por concepto de contraprestación periódica por acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la emisión del Mandato de Compartición. No obstante, AZTECA efectuó el cálculo del monto de devolución en base a facturas que corresponden únicamente al periodo entre diciembre de 2015 y julio de 2017, como se muestra en el cuadro del fundamento 4.2. de dicho escrito, delimitando su pretensión accesoria a dicho periodo.





3.1.2. PRESUNTA VULNERACIÓN A LAS NORMAS VINCULADAS A LA APLICACIÓN PRECEDENTES ADMINISTRATIVO

65. TESUR señala que el Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria aprobado con Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL no resulta aplicable a este Procedimiento, por cuanto los precedentes administrativos de observancia obligatoria como fuente del procedimiento administrativo deben ser aplicados coherentemente con las demás fuentes de dicho procedimiento, incluyendo el Principio de Legalidad.
66. Refiere que por este principio, las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho. No obstante, la aplicación en el presente caso ha llevado a una decisión que no es coherente con la ley ni la constitución al desconocer derechos y deberes expresamente regulados en ellas.
67. Agrega también que la aplicación del precedente de observancia obligatoria es contraria al objeto mismo de lo regulado en la LPAG sobre precedentes administrativos. Puesto que la aplicación impediría la ejecución de una decisión definitiva y generaría incertidumbre. En este sentido, se estaría consiguiendo lo contrario al objeto mismo señalado en la LPAG sobre precedentes administrativos que es otorgar predictibilidad a las decisiones de la Administración Pública.
68. Finalmente, TESUR manifiesta que no correspondía aplicar el precedente porque la materia ya fue resuelta en sede jurisdiccional. En ese sentido, el CCO debió declarar la sustracción de la materia y concluir el presente procedimiento. Asimismo, señala que dicho precedente ha sido emitido en un caso que involucra a dos partes distintas a TESUR y AZTECA, y en relación a hechos que nada tienen que ver con este procedimiento.
69. Al respecto, AZTECA señala que rechaza completamente que TESUR busque resguardar la seguridad jurídica o el marco legal. Menciona que la contraparte busca que OSIPTEL deje de ejercer sus exclusivas competencias legales, dándole prioridad a un Laudo Final, generando incertidumbre y diferencias entre lo resuelto en este expediente y otros de naturaleza similar seguidos con otras empresas eléctricas.
70. En igual sentido, refiere que TESUR no puede desconocer que en el supuesto que eventualmente exista pronunciamientos en sentidos opuestos, tanto la vía arbitral como la vía administrativa tienen mecanismos de control de sus decisiones. En ningún caso, la mencionada situación afectaría la seguridad jurídica de las partes. Así, los pronunciamientos en sede administrativa pueden impugnarse ante el Poder Judicial.
71. Al respecto, cabe señalar que el 4 de diciembre de 2020, este Tribunal emitió un Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTEL ⁽¹⁵⁾, a través del cual ha interpretado que el denominador “Na” contenido en la Metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor equivalente a tres (3), independientemente del número efectivo de

15

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)





arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar ⁽¹⁶⁾.

72. En específico, el Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria detalla lo siguiente:

“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)”.

73. Sobre dicho punto, y con relación a 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.
74. Asimismo, el artículo V del referido Título Preliminar ⁽¹⁷⁾, 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

¹⁶ Por medio de su escrito de alegatos de apelación de fecha 24 de febrero del 2021, AZTECA le solicitó al TSC que ordene al CCO la continuación del procedimiento y que su reclamación sea declarada fundada en todos sus extremos en virtud de lo decidido en el Precedente de Observancia Obligatoria.

¹⁷ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TUO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Artículo V. – Fuentes del procedimiento administrativo

(...)

1. 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.”





debidamente publicadas. Estas decisiones agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

75. Ahora bien, respecto al cuestionamiento planteado por TESUR, es menester señalar que el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por este Tribunal evalúa y resuelve la misma materia controvertida que la sometida a evaluación del CCO en el presente procedimiento, es decir, sobre la determinación del valor 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 que debe ser aplicada en los Contratos de Compartición; en mérito a ello, resultó imperativo para el CCO aplicar dicha decisión sobre lo sometido a discusión en el presente procedimiento.
76. Asimismo, cabe resaltar que ello no genera perjuicio alguno al ordenamiento jurídico, toda vez que con la aplicación del contenido del Precedente de Observancia Obligatoria no se vulnera el derecho constitucional de cosa juzgada, ni el de tutela jurisdiccional efectiva como se ha señalado en los argumentos expuestos en la presente resolución, debido a que el Tribunal Arbitral no ha resuelto la misma controversia materia del presente procedimiento.
77. Por dichos motivos, tanto el orden constitucional como el marco legal no se verían afectados por la aplicación del Precedente de Observancia Obligatoria, por lo que corresponde garantizar su utilización para la motivación de la solución sobre el fondo de la presente controversia para así salvaguardar la predictibilidad y seguridad jurídica.
78. En consecuencia, este Tribunal estima que no existe afectación alguna al ordenamiento jurídico en la aplicación del Precedente de Observancia Obligatoria, por lo que corresponde desestimar el argumento señalado por TESUR en su apelación relativo a solicitar la inaplicación del Precedente de Observancia Obligatoria y, en consecuencia, por lo que corresponde desestimar el argumento planteado por TESUR.

3.2. SOBRE SI CORRESPONDE EVALUAR TODOS LOS VALORES DE LA METODOLOGÍA PARA DETERMINAR EL MÁXIMO LEGAL POR CONCEPTO CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA

79. AZTECA señala que para el inicio de la presente reclamación argumentaron que se había utilizado un valor igual a uno (1) para el denominador "Na" de la Metodología, cuando su valor legal era tres (3), debido a que conocían el error en la aplicación. Sin embargo, por ausencia de información, no podían corroborar si las otras variables de la Metodología habían sido correctamente aplicadas por la empresa eléctrica.
80. Asimismo, sostiene que la contraprestación por el uso compartido de la infraestructura eléctrica no es un aspecto sobre el que las partes puedan pactar libremente sin restricciones, sino que depende estrictamente de lo establecido en la Ley de Banda Ancha, que fija un precio máximo que limita el monto que puede ser exigido como retribución. Conforme al marco jurídico vigente, las partes no pueden establecer un valor de contraprestación por encima del tope regulatorio. En ese sentido, todo acuerdo que contradiga este mandato legal será inexigible.





81. En atención al rol de OSIPTEL, que garantiza el cumplimiento de normas imperativas que buscan resguardar un interés público, corresponde que el CCO verifique que sus decisiones cumplen el marco legal vigente sobre precio imperativo. En este escenario en el que el CCO concluyó que la contraprestación excedía el precio máximo, a efectos de determinar a cuánto asciende el monto que corresponde que TESUR devuelva a AZTECA, correspondía que aplique correctamente la Metodología.
82. Por tanto, a su criterio, correspondía que en aplicación del Precedente de Observancia Obligatoria, así como siguiendo los numerosos pronunciamientos emitidos por la segunda instancia sobre esta misma materia, el CCO debió haber aplicado correctamente la Metodología. Sin embargo, la primera instancia ha limitado su actuación a adoptar el valor de "Na" = 3, sin verificar la correcta aplicación de todas las variables de la fórmula metodológica en su conjunto.
83. AZTECA agrega que en Resolución N° 00018-2021-TSC/OSIPTEL, el TSC ha señalado expresamente que el criterio que se adopta en estos casos es que al realizarse la evaluación de la aplicación del denominador "Na", necesariamente se realiza un análisis integral de la Metodología, esto es, verificar la correcta aplicación de todas sus variables.
84. Finalmente, concluye que para que el CCO emita un pronunciamiento amparando alguna de sus pretensiones tiene la obligación de aplicar el marco legal, esto es, aplicar los valores legales de todas las variables de la Metodología, y no únicamente aplicar un "Na" legal. Sin embargo, en la Resolución del CCO, la primera instancia afirmó que, en aplicación estricta del Precedente, para determinar qué monto correspondía devolver a AZTECA, únicamente aplicaría un "Na" = 3 en la Metodología, cuando lo que correspondía era que aplique la fórmula metodológica legal.
85. En sentido contrario, TESUR refiere que todos los puntos controvertidos fijados por el CCO se refieren a la determinación del valor de la variable "Na". Y es sobre estos puntos controvertidos que ha versado todo el procedimiento de solución de controversias. Este procedimiento, pues, nunca tuvo por objeto discutir o calcular el valor de otras variables de la Metodología distintas al "Na".
86. Asimismo, TESUR agrega que el CCO considera correctamente que un pronunciamiento sobre un extremo no incluido en el petitorio de AZTECA calificaría como un "vicio *extra petita*" que otorgaría a AZTECA algo distinto a lo requerido por la empresa. De ese modo, sería contrario al Principio de Congruencia, recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y que AZTECA pretende incorporar una nueva pretensión a través de un escrito de Apelación, respecto de la cual TESUR no ha tenido oportunidad alguna de pronunciarse a lo largo del procedimiento. Por ello, su incorporación a la resolución final constituiría una vulneración al derecho de defensa o contradicción de TESUR, viciándola de nulidad.
87. En atención a ello, este tribunal procederá a analizar el alcance de las pretensiones de AZTECA, el principio de congruencia en los procedimientos administrativos y la implicancia de este con relación al importe cancelado en exceso por AZTECA.
88. Con relación al principio de congruencia, es importante señalar que este se encuentra recogido en el artículo 198 de la LPAG, el cual establece que el contenido de la resolución final que sea emitida a raíz de un procedimiento iniciado



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

a pedido de parte deberá ser congruente con los pedidos realizados por el accionante ⁽¹⁸⁾.

89. Así también, 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” (énfasis agregado) ⁽¹⁹⁾.
90. Este principio constituye 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. Ello implica, principalmente, que el juzgador no se superponga a lo expresamente solicitado por el accionante en sus pretensiones. En ese sentido, se encuentra privada la posibilidad de que el pronunciamiento se extralimite a lo invocado por el peticionante.
91. Sobre el particular, es necesario efectuar el análisis de lo solicitado por AZTECA en la pretensión principal como la pretensión accesoria a la pretensión principal de su reclamación.

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 TESUR podía exigir a AZTECA. Ello toda vez que el monto pactado inicialmente fue calculado aplicando erróneamente la fórmula de la Metodología, puesto que se le atribuyó un valor igual a uno (1) al denominador “Na” (número de arrendatarios) cuando dicha variable en todo los casos tiene un valor igual a tres (3), como lo ha reconocido el Consejo Directivo a través de su Mandato.

“Pretensión accesoria. - Se ordene a TESUR la devolución de un monto ascendente a US\$ 1, 011, 277.82 que corresponde a lo pagado en exceso por AZTECA por uso compartido de infraestructura desde la suscripción del Contrato de Compartición hasta la fecha de emisión del Mandato o, en su defecto, se ordene que este monto se compense con los montos consignados en las facturas que se encuentren pendientes de pago o que emitirá TESUR a AZTECA en el futuro por el uso de su infraestructura” ⁽²⁰⁾.

92. De acuerdo con la Resolución impugnada, se estableció, en concordancia con lo establecido por este Tribunal mediante el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 00026-2020-TSC/OSIPTel, que el valor del denominador “Na” de la Metodología contenida en el Anexo N° 1 del Reglamento de

18

TUO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL – DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**Artículo 198.- Contenido de la resolución**

(…)

198.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

19

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; de lo dispuesto por el principio del debido procedimiento recogido en el inciso 1.2 del numeral 1 del artículo IV de la LPAG; así como de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria y Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS.

20

Pretensión señalada por el CCO en Resolución N° 003-2018-CCO/OSIPTel, de fecha 22 de octubre de 2018, que acoge la solicitud de AZTECA.

BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 173-2K809YU\$W1



la Ley de Banda Ancha es igual a tres (3) sin importar el número de arrendatarios que efectivamente estén haciendo uso de la infraestructura arrendada.

93. En ese sentido, se declaró fundada la pretensión principal formulada por AZTECA, mediante la cual solicitó que se declare que la contraprestación pagada excede la máxima retribución por uso compartido de infraestructura que TESUR podía exigir. Ello se debe a que el monto pactado se habría calculado aplicando erróneamente la fórmula metodológica contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, 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).
94. Con lo expuesto hasta este punto, se puede afirmar que existe un precio máximo establecido para el pago de la contraprestación periódica por el acceso y uso compartido de infraestructura que fue excedido durante el periodo desde diciembre de 2015 hasta julio de 2017, pues, de conformidad con lo señalado por el CCO en la Resolución Impugnada, este Tribunal considera que, 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 TESUR (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.
95. Conforme al mencionado criterio se evaluó la pretensión accesoria a la pretensión principal de AZTECA, por medio de la cuál indicó que el monto que se debía ordenar a TESUR que devuelva o compense ascendía a US\$ 1 011 277.82. En ese sentido, en cuanto al órgano colegiado de primera instancia señaló que el monto que debía devolverse por parte de TESUR solo ascendía a US\$ 754 531.88.
96. En ese sentido, AZTECA apeló dicho extremo de la decisión de primera instancia, señalando que debía devolverse el íntegro de lo solicitado en la pretensión accesoria de su pretensión principal de la reclamación, es decir US\$ 1 011 277.82.; y, por tanto, se vuelva a evaluar el monto de devolución determinado en la Resolución Impugnada.
97. De esta manera, debe tenerse en consideración que conforme al criterio que ha venido adoptando este Tribunal en reiterados pronunciamientos con relación a la aplicación de la Metodología, así como con lo resuelto en la Resolución N° 026-2020-TSC/OSIPTel que aprueba el Precedente de Observancia Obligatoria, al momento de evaluarse la aplicación del denominador “Na” se realiza una evaluación integral de la aplicación de la fórmula de la Metodología en su conjunto.
98. Teniendo en cuenta, que a efectos de evaluar tanto la pretensión principal como la pretensión accesoria a la pretensión principal de la reclamación presentada por AZTECA, se requiere verificar los alcances de la contraprestación pagada, es decir, verificar si los pagos efectuados superan el precio máximo previsto por la fórmula contenida en el Anexo 1 del Reglamento.
99. Sobre el particular, la Cláusula Quinta del Contrato de Compartición ⁽²¹⁾ evidencia que las partes acordaron que la contraprestación periódica sería determinada por

21

De conformidad con el Anexo 1-A del escrito de reclamación presentado por AZTECA de fecha 16 de agosto de 2018, folio 61 del Expediente N° 005-2018-CCO-ST/CI.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

TESUR. Será esta empresa la encargada de calcular el monto correspondiente de acuerdo con los valores unitarios (por torre) mensuales que se encontrarían detallados en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha.

100. Cabe mencionar que las partes estipularon que la contraprestación mensual comenzaría a computarse y facturarse, por parte de TESUR, a partir de la fecha en que AZTECA comience a realizar las obras necesarias para instalar la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. En ese sentido, el precio no se fijó de manera expresa en el Contrato de Compartición, sino que se determinará siguiendo la Metodología establecida en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Banda Ancha y los valores mensuales se ajustarán automáticamente cada vez que los componentes de la Metodología varíen de acuerdo con las modificaciones normativas.
101. Es importante resaltar que, de la revisión del Anexo N° 5 del Contrato de Compartición, no se puede desprender directamente los valores que asignaron las partes a los componentes de la fórmula de la Metodología. En particular, el valor asignado al denominador "Na", dado que únicamente se consigna que se ajustará a lo previsto en la Metodología dispuesta en el Anexo N° 1 del Reglamento.
102. Sin perjuicio de ello, conforme a la información obrante en el expediente, se arrendaron durante el periodo comprendido entre diciembre de 2015 a julio de 2017, trescientos sesenta y ocho (368) estructuras, por cada mes, distribuidas en la línea Tintaya- Socabaya, sobre las cuales se facturaron las remuneraciones mensuales unitarias de US\$ 152, sin incluir IGV, por lo que la facturación total ascendió a US\$ 1 131 797.82 sin incluir IGV. Dichos datos pueden ser expresados en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 01: VALORES UNITARIOS COBRADOS POR TORRE

DESCRIPCIÓN	VALOR UNITARIO (US\$-MES) SIN INCLUIR IGV
Por el uso de infraestructura de la LT Socabaya-Moquegua(220 kV)	152.00

Fuente: Anexo N°5 del Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica de fecha 25 de noviembre del 2015.

103. Ahora bien, resulta necesario verificar cuál es la diferencia entre la contraprestación máxima que le correspondía pagar por este concepto durante el periodo de su pretensión y lo efectivamente pagado.
104. 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 TESUR en la mencionada fórmula. Este ejercicio se efectúa en el ANEXO A de la presente resolución.
105. El resultado del cálculo permite afirmar que la contraprestación periódica que AZTECA debía pagar como precio máximo por el acceso y uso compartido de infraestructura asciende al importe de US\$ 179 419.72, conforme se detalla en el ANEXO A que forma parte integrante de la presente resolución; sin embargo, en este periodo pagó el importe ascendente a US\$.1 131 797.82.
106. Este cálculo demuestra que la contraprestación periódica exigida y fijada en el Contrato de Compartición efectivamente excede la máxima retribución por el



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 173*2K809Yu\$W1



acceso y uso compartido de infraestructura eléctrica que TESUR podía exigir a AZTECA.

107. La pretensión accesoria planteada por AZTECA consiste en la devolución de lo que habría pagado en exceso como consecuencia de la aplicación incorrecta del valor del denominador “Na” en el Contrato de Compartición, durante el periodo del 25 de noviembre del 2015 hasta el 22 de febrero del 2018. En el ANEXO B se ha procedido a realizar el mencionado cálculo. El resultado permite afirmar que AZTECA pagó a TESUR un importe total ascendente a US\$ 1 131 797.82 cuando debió pagar el importe ascendente a US\$ 179 419.72. La diferencia entre ambos conceptos permite concluir que el monto cobrado o pagado en exceso es equivalente a US\$ 952 378.10.
108. Así, si bien el importe de US\$ 952 378.10 resulta menor al solicitado por la reclamante, se enfatiza que la decisión de este Tribunal no contraviene el principio de congruencia debido a que se está disponiendo la devolución, de lo que la reclamante habría pagado en exceso, de acuerdo a la aplicación correcta e integral de la formula contenida en la Metodología.
109. En adición a lo anterior, 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 ⁽²²⁾.
110. De esta manera, es posible verificar que, a diferencia de los supuestos descritos como contrarios al principio de congruencia – particularmente en su vertiente objetiva como son los pronunciamientos ultra petita, extra petita o citra petita – en el caso de AZTECA no se estaría afectando dicho principio, en atención a que en el presente caso se le está concediendo solo lo solicitado en sus pretensiones, no siendo más de lo pretendido o una cosa diferente a lo solicitado.
111. Por tanto, en vista de que se ha verificado que no existe contravención alguna al principio de congruencia, este Tribunal concluye que corresponde estimar parcialmente el pedido de devolución al que se refiere AZTECA y corresponde ordenar a TESUR la devolución del importe ascendente a US\$ 952 378.10 conforme al cálculo resultante de la aplicación correcta de la Metodología contenida en el Anexo 1 del Reglamento.

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado por Transmisora Eléctrica del Sur S.A.C contra la Resolución N° 038-2021-CCO/OSIPTEL emitida por los Cuerpos Colegiados Ad Hoc con fecha 06 de octubre de 2021, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente resolución.



²² Casación N° 6190-2013 Lambayeque, fundamento 2

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

SEGUNDO: Declarar FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación presentado por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra la Resolución N° 038-2021-CCO/OSIPTEL emitida por los Cuerpos Colegiados Ad Hoc con fecha 06 de octubre de 2021; y, en consecuencia, MODIFICAR el importe que se le ordenó devolver a Transmisora Eléctrica del Sur S.A. de la suma de US\$ 754 531.88 a la suma de US\$ 952 378.10 correspondiente al cobro en exceso por concepto de contraprestación periódica por el acceso y uso de infraestructura eléctrica en el periodo de reclamación, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

TERCERO: ENCARGAR a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias que remita la presente resolución a la Dirección de Fiscalización e Instrucción del OSIPTEL y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines que correspondan.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. –

Con el voto favorable de los señores vocales Eduardo Robert Melgar Córdova, Milagritos Pilar Pastor Paredes, Rafael Alejandro Vera Tudela Wither y Richard Mark Sin Porlles en la Sesión N° 532 de fecha 18 de febrero de 2022.

EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS

BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 173*2K809Yu\$W1



ANEXO A

IMPORTE MÁXIMO A PAGAR POR CONTRAPRESTACIÓN PERIÓDICA

1. 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. En ese sentido, el CCO delimitó el objeto de su pretensión de devolución al periodo facturado comprendido entre diciembre de 2015 y julio de 2017.

2. De acuerdo con la información aportada por TESUR mediante escrito 01, el número de estructuras que puso a disposición de AZTECA ascendía a 368 cada mes, haciendo un total de 7360 estructuras en el periodo comprendido entre diciembre del 2015 y julio de 2017. Las referidas estructuras se agrupan en catorce (14) tipos en función a sus características, atendiendo a la codificación y valorización efectuada por la regulación eléctrica ⁽²³⁾.

3. Los siguientes cuadros muestran la cantidad de infraestructuras arrendadas a AZTECA por mes y la valorización de los catorce (14) tipos de infraestructura eléctrica en el periodo que comprende la reclamación, respectivamente.

Numero de Estructuras arrendadas a AZTECA

Mes	Número de estructuras
Diciembre 2015-Marzo de 2016	1472
Abril 2016-Julio de 2016	1472
Agosto de 2016- Noviembre de 2016	1472
Diciembre de 2016-Marzo del 2017	1472
Abril del 2017-Julio del 2017	1472

VALORIZACIÓN DE LOS TIPOS DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA

N°	Código	Tensi ^{ón}	Descripción	Diciembre 2015 - Marzo 2016	Abril 2016 - Marzo 2017	Abril 2017 - Julio 2017
1	TA220SIR2D2C2 726S-6	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-6	12,814.35	11,542.55	7,778.43
2	TA220SIR2D2C2 726S-3	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-3	14,661.46	13,206.34	8,899.64
3	TA220SIR2D2C2 726S±0	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2±0	16,492.08	14,855.27	10,010.85
4	TA220SIR2D2C2 726S+3	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+3	18,306.21	16,489.35	11,112.04
5	TA220SIR2D2C2 726S+6	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+6	20,120.34	18,123.43	12,213.24
6	TA220SIR2D2C2 726A-3	BT	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2-3	22,556.52	20,317.82	13,692.02
7	TA220SIR2D2C2 726A±0	BT	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2±0	25,034.98	22,550.30	15,196.47
8	TA220SIR2D2C2 726A+3	BT	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2+3	27,513.44	24,782.78	16,700.92
9	TA220SIR2D2C2 726B-3	BT	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2-3	30,439.83	27,418.73	18,477.26
10	TA220SIR2D2C2 726B±0	BT	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2±0	33,897.36	30,533.11	20,576.02

²³ 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 TESUR 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.





11	TA220SIR2D2C2726B+3	BT	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2+3	37,965.04	34,197.08	23,045.14
12	TA220SIR2D2C2726R-3	BT	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2-3	39,193.25	35,303.39	23,790.67
13	TA220SIR2D2C2726R±0	BT	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2±0	43,693.70	39,357.18	26,522.49
14	TA220SIR2D2C2726R+3	BT	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2+3	48,194.15	43,410.97	29,254.30

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

N°	Código OSINERMIN	Descripción	Tensión	Diciembre 2015 - Marzo 2016	Abril 2016 - Marzo 2017	Abril 2017 - Julio 2017
1	TA220SIR2D2C2726S-6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-6	BT	\$17.05	\$15.35	\$10.35
2	TA220SIR2D2C2726S-3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-3	BT	\$19.50	\$17.57	\$11.84
3	TA220SIR2D2C2726S±0	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2±0	BT	\$21.94	\$19.76	\$13.32
4	TA220SIR2D2C2726S+3	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+3	BT	\$24.35	\$21.93	\$14.78
5	TA220SIR2D2C2726S+6	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+6	BT	\$26.76	\$24.11	\$16.25
6	TA220SIR2D2C2726A-3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2-3	BT	\$30.00	\$27.03	\$18.21
7	TA220SIR2D2C2726A±0	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2±0	BT	\$33.30	\$30.00	\$20.21
8	TA220SIR2D2C2726A+3	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2+3	BT	\$36.60	\$32.97	\$22.22
9	TA220SIR2D2C2726B-3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2-3	BT	\$40.49	\$36.47	\$24.58
10	TA220SIR2D2C2726B±0	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2±0	BT	\$45.09	\$40.61	\$27.37
11	TA220SIR2D2C2726B+3	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2+3	BT	\$50.50	\$45.49	\$30.65
12	TA220SIR2D2C2726R-3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2-3	BT	\$52.13	\$46.96	\$31.65
13	TA220SIR2D2C2726R±0	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2±0	BT	\$58.12	\$52.35	\$35.28
14	TA220SIR2D2C2726R+3	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2+3	BT	\$64.11	\$57.74	\$38.91

5. AZTECA consideró que en el periodo comprendido entre diciembre del 2015 y julio de 2017 solo le correspondía pagar US\$120 520.00, 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\$ 1 011 277.82; 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\$ 179 419.72 como se aprecia a continuación:

N°	Código		Detalle de estructura	dic 2015-marz 2016	Abril 2016-Dic 2016	Enero 2017-julio2017
1	TA220SIR2D2C2726S-6	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-6	\$221.59	\$199.60	\$134.51
2	TA220SIR2D2C2726S-3	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2-3	\$487.56	\$439.17	\$295.95





3	TA220SIR2D2 C2726S±0	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2±0	\$2,105.98	\$1,896.96	\$1,278.35
4	TA220SIR2D2 C2726S+3	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+3	\$2,654.19	\$2,390.77	\$1,611.12
5	TA220SIR2D2 C2726S+6	BT	Torre de suspensión tipo SC2 (5°)Tipo SC2+6	\$347.93	\$313.39	\$211.19
6	TA220SIR2D2 C2726A-3	BT	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2-3	\$480.06	\$432.42	\$291.40
7	TA220SIR2D2 C2726A±0	BT	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2±0	\$1,065.62	\$959.86	\$646.84
8	TA220SIR2D2 C2726A+3	BT	Torre de ángulo menor tipo AC2 (30°)Tipo AC2+3	\$182.99	\$164.83	\$111.08
9	TA220SIR2D2 C2726B-3	BT	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2-3	\$607.35	\$547.07	\$368.67
10	TA220SIR2D2 C2726B±0	BT	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2±0	\$676.34	\$609.21	\$410.54
11	TA220SIR2D2 C2726B+3	BT	Torre de ángulo mayor tipo BC2 (65°)Tipo BC2+3	\$505.00	\$454.88	\$306.54
12	TA220SIR2D2 C2726R-3	BT	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2-3	\$417.07	\$375.68	\$253.17
13	TA220SIR2D2 C2726R±0	BT	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2±0	\$464.96	\$418.81	\$282.24
14	TA220SIR2D2 C2726R+3	BT	Torre de anclaje, retención intermedia y terminal (15°) Tipo RC2+3	\$192.32	\$173.23	\$116.74
Total de los montos que debieron ser pagados por código				\$10,408.95	\$9,375.88	\$6,318.33
Total de los montos que debieron ser pagados por códigos y meses				\$41,635.81	\$112,510.59	\$25,273.33
Total de la contraprestación				\$179,419.72		

6. Es importante señalar que el importe de la contraprestación periódica que correspondía pagar a AZTECA por cada tipo de infraestructura compartida por TESUR 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 ⁽²⁴⁾.



²⁴ 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° 063-2016-OS/CD, publicada el 1 de abril de 2016; y, (ii) Resolución N° 047-2017-OS/CD, publicada el 31 de marzo de 2017.

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones**ANEXO B****IMPORTE PAGADO EN EXCESO EN EL PERIODO DE RECLAMACIÓN**

1. De acuerdo con su escrito de reclamación del 16 de agosto del 2018, AZTECA indica que pagó a TESUR el importe ascendente a US\$ 1,131,797.82 (sin IGV) en el periodo comprendido entre diciembre de 2015 y julio de 2017.
2. Para acreditar esta pretensión, AZTECA adjuntó documentos (facturas, constancias de pago y otros) que no han sido cuestionados por TESUR luego del ajuste del monto pagado en exceso.
3. Como se ha determinado en el ANEXO A, el importe total que correspondía pagar a AZTECA por contraprestación periódica asciende a US\$ 179,419.72. Sin embargo, se encuentra acreditado que en este mismo periodo efectuó un pago total de US\$ 1, 131,797.82. Estos datos permiten concluir que el importe en exceso pagado por AZTECA asciende a la suma de US\$ 952,378.10, de acuerdo con el siguiente cuadro:

Mes	N° de Factura	Monto exigido por TESUR (SIN IGV) (\$.)	Monto calculado por el TSC (\$.)	Monto que debe ser devuelto por TESUR (\$.)
Dic-15	Señaladas en el escrito N°1 de AZTECA (DJ-1515/18)	1,131,797.82	10408.95	952,378.10
Ene-16			10408.95	
Feb-16			10408.95	
Mar-16			10408.95	
Abr-16			9375.88	
May-16			9375.88	
Jun-16			9375.88	
Jul-16			9375.88	
Ago-16			9375.88	
Set-16			9375.88	
Oct-16			9375.88	
Nov-16			9375.88	
Dic-16			9375.88	
Ene-17			9375.88	
Feb-17			9375.88	
Mar-17			9375.88	
Abr-17			6318.33	
May-17			6318.33	
Jun-17			6318.33	
Jul-17			6318.33	
TOTAL		1,131,797.82	179,419.72	952,378.10

BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
 url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 173=2k809YuSW1

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

5. AZTECA solicitó como pretensión accesorio que se ordene a TESUR la devolución de un monto ascendente a \$1, 011,277.82. Sin embargo, se puede apreciar que el importe que AZTECA pagó en exceso (\$ 952,378.10) no supera el importe que solicita le sea devuelto en su pretensión accesorio (\$1,011,277.82). Por tanto, este Tribunal considera que corresponde ordenar a TESUR el pago del importe ascendente a \$ 952,378.10.

BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.ospitel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 173=2k809YuSW1