

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL****Nº 00172-2021-GG/OSIPTEL**

Lima, 27 de mayo de 2021

EXPEDIENTE N°	:	00028-2020-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.

VISTO: El Informe N° 00113-UPS/2021, de fecha 26 de mayo de 2020, así como el Informe de la Dirección de Fiscalización e Instrucción¹ del OSIPTEL (DFI) -antes Gerencia de Supervisión y Fiscalización- N° 00088-DFI/2021 (Informe Final de Instrucción); por medio de los cuales se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. (AZTECA) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (RFIS).

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante el Informe N° 00016-DFI/SDF/2020 de fecha 29 de octubre de 2020 (**Informe de Supervisión**), emitido en el Expediente N° 00013-2018-GSF (**Expediente de Supervisión**), la Dirección de Fiscalización e Instrucción² del OSIPTEL (DFI) -antes Gerencia de Supervisión y Fiscalización- emitió el resultado de la evaluación, entre otros, del valor objetivo del indicador Disponibilidad de Enlace (DE), aplicable al Servicio Portador, según lo dispuesto en el numeral 5 del Anexo 12 - Especificaciones Técnicas del Concurso de Proyectos Integrados (ANEXO 12) del Contrato de Concesión (CONTRATO) de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO) por parte de AZTECA durante el año 2017, concluyendo al respecto lo siguiente:

“VI. CONCLUSIONES**(...):**

- a. *De acuerdo con los fundamentos expuestos en el presente informe, se verifica que en veinticinco (25) nodos de la RDNFO de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. habría incumplido durante el año 2017, con el indicador Disponibilidad de Enlaces, toda vez que los valores obtenidos, están por debajo de los valores establecidos en los numerales 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. En ese sentido, se recomienda el inicio de un **Proceso Administrativo Sancionador** en este extremo. (...)*

¹ Denominación acorde con lo previsto en el Decreto Supremo N° 160-2020-PCM y la Resolución de Presidencia N° 094-2020-PD/OSIPTEL, publicados en el Diario Oficial El Peruano el 2 y 9 de octubre de 2020, respectivamente.

² Denominación acorde con lo previsto en el Decreto Supremo N° 160-2020-PCM y la Resolución de Presidencia N° 094-2020-PD/OSIPTEL, publicados en el Diario Oficial El Peruano el 2 y 9 de octubre de 2020, respectivamente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

2. A través de la carta N° C. 00227-DFI/2020 notificada el 11 de noviembre de 2020, la DFI comunicó a AZTECA el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RFIS, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
3. Mediante la carta DJ-1104/20 recibida el 25 de noviembre de 2020, AZTECA presentó sus descargos (**Descargos 1**), y solicitó se le conceda una audiencia de Informe Oral ante la DFI; siendo esto por la DFI con la carta N° C.00701-DFI/2021 notificada el 6 de abril de 2021.
4. Mediante la carta N° C. 00552-DFI/2020 presentada el 21 de diciembre de 2020, la DFI solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) confirme la existencia de algún proceso Arbitral iniciado por AZTECA relacionado con el alcance de las obligaciones vinculadas a los niveles de servicio (SLA); lo cual fue atendido por el MTC mediante Oficio N° 032-2021-MTC/27 recibido el 12 de enero de 2021, informando, entre otros, la existencia de una Solicitud de Arbitraje presentada por AZTECA (Expediente 2810-182-20-PUCP), estando pendiente la constitución del Tribunal Arbitral.
5. Con fecha 06 de abril de 2021, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00088-DFI/2021 (**Informe Final de Instrucción**), conteniendo el análisis de los descargos presentados por AZTECA; el cual fue puesto en conocimiento de dicha empresa operadora mediante carta N° C.00366-GG/2021, notificada el 19 de abril de 2021, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles.
6. A través de la carta N° DJ-0401/21 recibida el 26 de abril de 2021, AZTECA presentó descargos al Informe Final de Instrucción (**Descargos 2**).

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (Reglamento del OSIPTEL), este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Así también, el artículo 41° del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

Conforme analiza la DFI en el **Informe de Supervisión**, AZTECA habría incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RFIS, el mismo que dispone como infracción muy grave el incumplimiento de las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión.

Al respecto, la **CLAUSULA 22: CONDICIONES ESENCIALES APLICABLES AL SERVICIO PORTADOR Y FACILIDADES COMPLEMENTARIAS**, del CONTRATO dispone lo siguiente:

“Para todos los efectos, se considera que son condiciones esenciales del Contrato aplicables al Servicio Portador y Facilidades Complementarias, las siguientes:

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: aCE163659952@1





(...)

22.4 El cumplimiento de cada uno de los compromisos asumidos por el Concesionario referidos a los Niveles de Servicio (SLA) detallados en el numeral 5 de las Especificaciones Técnicas.”

Por su parte, el numeral 5.1 del ANEXO 12 -Especificaciones Técnicas- del CONTRATO prevé -en el numeral 5.1- el indicador Disponibilidad de enlaces (DE), como parte de los Requisitos de Calidad de Servicio (Quality of Service - QoS).

Según fue verificado y analizado por la DFI durante el año 2017, AZTECA habría incumplido con el valor objetivo del indicador DE previsto en los numerales 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del ANEXO 12, en veinticinco (25) nodos, según se detalla en la siguiente Tabla:

Tabla N° 1: Relación de Nodos con incumplimiento del valor objetivo del indicador DE

Table with 7 columns: Ítem, N°, NODOS, JERARQUIA, AÑO, DS, Valor Objetivo. It lists 25 nodes with their respective metrics and hierarchical levels.

Fuente: Informe Final de Instrucción

De otro lado, corresponde precisar que el detalle de los incumplimientos detectados, exclusiones y resultado del indicador se detalla en los Anexos 1 y 2 del Informe de Supervisión, el mismo que fue puesto en conocimiento de AZTECA conjuntamente con la Comunicación de imputación de cargos.

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), aprobado con Resolución N° 004-2019-JUS, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que ésta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado³, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

³ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ª ed., Pág. 539.





De otro lado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 252.3° del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento administrativo sancionador cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 259° del citado TUO fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, con la posibilidad de ampliarlo de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, a través de una resolución debidamente sustentada emitida antes del vencimiento del plazo inicial. Cabe señalar que una vez transcurrido el plazo sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

De otro lado, a través del Decreto de Urgencia N° 029-2020-PCM publicado el 20 de marzo de 2020 emitido en el marco de la declaratoria de emergencia decretada por el Gobierno mediante el mencionado Decreto Supremo N° 044-2020-PCM⁴, se estableció en su artículo 28°-entre otras medidas- la suspensión por treinta (30) días hábiles, del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, que se encuentren sujetos a plazo, que se tramiten en entidades del Sector Público; incluyendo los que se encuentran en trámite a la entrada en vigencia del referido Decreto de Urgencia. Es de considerar que dicho plazo fue ampliado hasta el 10 de junio de 2020 mediante el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, publicado el 20 de mayo de 2020.

Con lo cual, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos, corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a AZTECA por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito, así como tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente procedimiento. Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por la empresa operadora a través de sus Descargos 1 y 2 -a los cuales nos referiremos indistintamente como Descargos- respecto a la imputación de cargos formulada por la DFI.

1. Análisis de Descargos

1.1 En cuanto a la necesidad de la aprobación de una Metodología previa para realizar las supervisiones:

Precisa que en atención a lo previsto en la Cláusula 18.1 del CONTRATO correspondía que el OSIPTEL determine la Metodología aplicable para la medición de los indicadores de calidad, entre los que se encuentra el indicador DE, garantizando que no se incrementen o desnaturalicen las obligaciones asumidas por la empresa operadora como concesionario.

A fin de sustentar la necesidad de una Metodología, señala se debe tener en cuenta que los valores objetivos de los indicadores de calidad que el Concesionario debe alcanzar se

⁴ Vigente desde 16 de marzo al 30 de marzo de 2019, que declaró el Estado de Emergencia por el plazo de quince (15) días calendarios cuyo plazo fue prorrogado a través de los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM publicado el 27 de marzo de 2020, N° 64-2020-PCM publicado el 10 de abril de 2020, N° 75-2020-PCM publicado el 23 de abril de 2020, N° 83-2020-PCM publicado el 09 de mayo de 2020, N° 94-2020-PCM publicado el 23 de mayo de 2020, N° 116-2020-PCM publicado el 26 de junio de 2020, N° 135-2020-PCM publicado el 31 de julio de 2020, N° 146-2020-PCM publicado el 28 de agosto de 2020, N° 156-2020-PCM publicado el 26 de setiembre de 2020, N° 174-2020-PCM publicado el 28 de octubre de 2020, N° 184-2020-PCM publicado el 29 de noviembre de 2020, N° 201-2020-PCM publicado el 21 de diciembre de 2020, N° 008-2021-PCM publicado el 26 de enero de 2021, N° 036-2021-PCM publicado el 26 de febrero de 2021, N° 058-2021-PCM publicado el 27 de marzo de 2021, N° 076-2021-PCM publicado el 16 de abril de 2021, siendo que este último prorrogó dicho estado de emergencia hasta el 31 de mayo de 2021.





encuentran en el CONTRATO, sin embargo, existen ciertos aspectos que deben ser precisados con una Metodología puesta en su conocimiento de manera previa, a fin de conocer: (i) El método de medición que le permita adoptar las acciones necesarias para alcanzar los indicadores; (ii) Las obligaciones específicas para acreditar una situación de caso fortuito o fuerza mayor como una causal de suspensión de obligaciones contractuales.

Agrega que si bien mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 278-2018-CD/OSIPTEL, se aprobó la “Metodología para medir los niveles de servicio (SLA)”, la misma no resulta aplicable -conforme lo reconoce la DFI- puesto que fue emitida con posterioridad al período de medición que motiva el presente PAS, y, asimismo, según considera, contravendría los términos del CONTRATO, al generar obligaciones más exigentes en cuanto a la operación de la RDNFO, lo que motivó sea cuestionada en la vía arbitral.

De esta manera señala que, ante la ausencia de una Metodología que resulte aplicable, la DFI considera en el presente caso, una metodología contemplada en una norma que no resulta aplicable, como sería la regulada en el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014CD/OSIPTEL y sus modificatorias (Reglamento de Calidad); a pesar que la DFI concluye en su Informe de Supervisión que esta norma no resultaba aplicable para la medición del indicador DE, sin embargo, señala que sí resulta aplicable en lo referido a la metodología para el reporte y acreditación de eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

Adicionalmente, precisa AZTECA que la metodología del Reglamento de Calidad está dirigida para que se supervise el cumplimiento de estándares de calidad de los operadores que cuenten con usuarios finales, y no a la evaluación de obligaciones particulares del CONTRATO, puesto que en la prestación del servicio de la RDNFO no se cuenta con clientes en todos los nodos, por lo que existirían interrupciones que no habrían afectado la prestación del servicio portador.

Para sustentar sus afirmaciones, alude la empresa operadora al Anexo 13 del Reglamento de Calidad, el cual consigna como objetivo específico para la medición, cálculo, reporte y evaluación del indicador de Disponibilidad de Servicio (DS), que se brinde información a los usuarios, para que estos puedan comparar la calidad de los servicios ofrecidos por las empresas operadoras.

En esa línea, considera importante resaltar que el indicador DE está referido a garantizar un nivel de calidad en la operación de la infraestructura, y no en la prestación de servicios, como sí lo es en el caso del Indicador DS y su metodología que la DFI quiere exigir en todos los casos para AZTECA (en interrupciones que afecten y no afecten a clientes).

De esta manera, señala que de un lado se reconoce que no corresponde la aplicación de una metodología de medición de un indicador que considera usuarios afectados, pero -al mismo tiempo- se imponen obligaciones de reporte y acreditación de interrupciones que tienen como finalidad resguardar a dichos usuarios afectados. Ello, pese a que expresamente la DFI reconoce que los Indicadores de Niveles de Servicio (SLA) y el Indicador DE únicamente resguarda un estándar en la operatividad de la red, sin que tenga relevancia la existencia y afectación de clientes (al tratarse de parámetros que debe cumplir AZTECA incluso sin clientes).





Concluye así la empresa operadora, que la DFI estaría supervisando el cumplimiento de las obligaciones contractuales con exigencias normativas que no son aplicables en todos los casos a la relación contractual, con lo cual, al no haberse verificado el cumplimiento del indicador DE sobre la base de lo pactado en el CONTRATO, se vulnerarían los Principios de Legalidad y Tipicidad previstos en el TUO de la LPAG, debiendo declararse la nulidad del Informe de Supervisión.

En relación a lo señalado por AZTECA, conforme lo dispone cláusula 19 del CONTRATO, corresponde al OSIPTEL efectuar directamente o a través de las personas que designe, las acciones de supervisión, fiscalización y sanción que le competen, respecto de la prestación del servicio portador; y en virtud de la cláusula 18.2 corresponde al concesionario cumplir con los Niveles de Servicio (SLA) establecidos en el ANEXO 12, los cuales -según se reafirma en dicha cláusula- serán supervisados por el OSIPTEL; sin que dicho CONTRATO se deduzca que tales acciones de verificación estén sujetas a la emisión de una Metodología⁵.

En efecto, tal y como se ha señalado, el ANEXO 12 del CONTRATO establece los parámetros y valores objetivos que aplican al indicador Disponibilidad de Enlace (DE), respecto de los cuales se realizó la evaluación de cumplimiento que origina el presente PAS, y que se resumen en la siguiente tabla:

Tabla N°2: Valor Objetivo de cada Nivel o Jerarquía de la RDNFO

Tipo	Jerarquía/ Red	Característica	Valor Objetivo
Nivel 1	Core	Enlaces Core - Core	99.999%
Nivel 2	Agregación	Enlaces Agregación - Core	99.999%
	Excepción	Pucallpa – Madre de Dios	99.9%
Nivel 3	Distribución	Enlaces Distribución	99.7%
	Excepción	Pucallpa – Madre de Dios	99.9%
	Excepción	Co-ubicación Nodos Agregación	99.999%
Nivel 4	Conexión	Enlaces Conexión	99.6%

Fuente: Informe de Supervisión

Al respecto, conforme precisa la DFI en su Informe de Supervisión, a fin de realizar el cálculo del indicador DE durante el 2017, la DFI verificó los eventos o incidencias de interrupción que afectaron la prestación del servicio portador reportados por AZTECA, así como aquellos que podrían ser exonerados por considerarse un caso fortuito o fuerza mayor, según lo previsto en el CONTRATO, atendiendo adicionalmente que, según el numeral 5 del ANEXO 12 del mismo, para la verificación del indicador DE, tampoco se consideran los tiempos de inactividad programados y comunicados al OSIPTEL.

Cabe precisar al respecto, que la cláusula 46⁶ del CONTRATO regula la suspensión de las obligaciones contractuales debido a supuestos de caso fortuito o fuerza mayor;

⁵ Ello sin perjuicio que, el OSIPTEL dentro de las competencias señaladas, a través de la Resolución N° 278-2018-CD/OSIPTEL, publicada el 28 de diciembre de 2018, procedió a la elaboración de un documento metodológico que sobre la base de lo previsto en el CONTRATO, detalló el procedimiento de análisis de la evaluación de los Niveles de SLA, cuyos valores objetivos y exclusiones se establecen expresamente en el CONTRATO; siendo que dicha Metodología alude expresamente a la obligación de los reportes de interrupciones a través del SISREP.

⁶ CLÁUSULA 46: SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES

46.1. Para fines de este Contrato, existirá una situación de suspensión de obligaciones siempre que se produzca algún Caso Fortuito o Fuerza Mayor.

46.2. Son Casos Fortuitos o de Fuerza Mayor los siguientes:

- a) Cualquier acto de guerra externa, interna o civil (declarada o no declarada), invasión, conflicto armado, bloqueo, revolución, motín, insurrección, conmoción civil o actos de terrorismo que impida el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones del Contrato.
- b) Aquellos paros o huelgas generales de trabajadores, protestas, actos de violencia o de fuerza realizadas por organizaciones comunales, sociales o políticas, o manifestaciones públicas de gran envergadura que afecten directamente al Concesionario por causas ajenas a su voluntad que no le sean imputables y que vayan más allá de su control razonable.





definiendo en el numeral 2.12 de la cláusula 2 del referido CONTRATO, tales supuestos, como aquellos eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Asimismo, se señala que el suceso deberá estar fuera del control razonable de la parte que invoque la causal, la cual, a pesar de su diligencia ordinaria para prevenirla o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento.

Asimismo, la cláusula 47⁷ del CONTRATO señala que, ante la ocurrencia de alguno de los supuestos previstos en la cláusula 46 que generase la interrupción o degradación del Servicio Portador y/o Facilidades Complementarias, se aplicará el procedimiento y normas que defina el OSIPTEL en el ámbito de sus competencias.

Debe considerarse que según lo previsto en el numeral 18.1 de la cláusula 18⁸ del CONTRATO, AZTECA, deberá cumplir con la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias de manera continua e ininterrumpida, de conformidad con la normativa del OSIPTEL, salvo en los casos establecidos en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, el TUO de las CDU, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, y cualquier otra normativa que emita el OSIPTEL sobre continuidad y calidad en la prestación del servicio.

En ese contexto, cabe considerar que el procedimiento dispuesto ante este tipo de eventos de interrupción antes indicados, implica que las empresas operadoras los deben reportar y acreditar al OSIPTEL en el Sistema de Reporte de Interrupciones - SISREP⁹, considerando lo establecido en el TUO de las CDU.

Asimismo, en cuanto a la aplicación del Reglamento de Calidad, cabe señalar que si bien esta norma dispone una metodología para evaluar la disponibilidad de los servicios públicos aplicando el indicador Disponibilidad de Servicio - DS, y que se define en su artículo 8°; como señala la DFI en su Informe de Supervisión, este indicador difiere del indicador DE del Contrato de Concesión, atendiendo principalmente que el indicador DS se evalúa por cada departamento del Perú y considerando las interrupciones del servicio así como los usuarios afectados; y, por el contrario, el indicador DE considera la evaluación a nivel de jerarquía de la red, y considera todas las interrupciones que afecten la operatividad de la red, así no cuenten con clientes.

c) *La eventual confiscación, requisa, o destrucción total o parcial de los Bienes de la Concesión y su imposibilidad de recuperación, ocasionados por orden de cualquier autoridad pública, por causas no imputables al Concesionario, que afecten gravemente la ejecución total o parcial del Contrato impidiendo al Concesionario cumplir con obligaciones a su cargo.*

d) *Cualquier terremoto, inundación, maremoto, tormenta eléctrica, incendio, explosión, o evento similar a los anteriores, siempre que afecte de manera directa total o parcialmente los Bienes de la Concesión.*

e) *Cualquier otro evento u ocurrencia extraordinaria, imprevisible e irresistible, no imputable a la Parte que invoca el Caso Fortuito o Fuerza Mayor; que impida o determine el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso en la ejecución de sus obligaciones contractuales.*

⁷ "47.3 Si ante la ocurrencia de alguno de los supuestos previstos en la Cláusula 46 se generase la interrupción o degradación del Servicio Portador y/o Facilidades Complementarias, se aplicará el procedimiento y normas que defina el OSIPTEL en el ámbito de sus competencias."

⁸ **"CLAUSULA 18: CONTINUIDAD Y CALIDAD DEL SERVICIO**

18.1 El Concesionario deberá cumplir con la prestación del Servicio Portador y Facilidades Complementarias de manera continua e ininterrumpida, de conformidad con la normativa que sobre el tema emite el OSIPTEL, salvo en los casos establecidos en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y en el TUO de las Condiciones de Uso y cualquier otra normativa que emita el OSIPTEL sobre continuidad y calidad en la prestación del servicio, en lo que sea aplicable, según corresponda. (...)"

⁹ Conforme ha señalado la DFI, y se verifica de sus archivos, mediante correo electrónico del 13 de agosto de 2015 se da respuesta a la carta N° DJ-1231/15 de AZTECA, en la cual se emiten las credenciales a la empresa operadora para su acceso al SISREP.





Sin perjuicio de ello, el Reglamento de Calidad, ante la ocurrencia de eventos de interrupción del servicio, contempla una metodología que implica, el reporte y acreditación de dichos eventos. Por tanto, considerando que el indicador DE del servicio portador de la RDNFO puede verse afectado por interrupciones del servicio portador o eventos de caso fortuito o fuerza mayor, corresponde la aplicación de lo previsto en el Reglamento de Calidad en su artículo 9º¹⁰, norma que dispone que el reporte y acreditación de las interrupciones se realiza a través del SISREP.

De lo anterior se desprende que, atendiendo a lo dispuesto en el CONTRATO, considerando que durante el ejercicio de la prestación del servicio es posible que se presenten interrupciones que afecten el cumplimiento de deber de continuidad, causado por temas de mantenimiento del servicio y/o por casos fortuito o de fuerza mayor, eventos que corresponden ser reportados al OSIPTEL conforme a las normas emitidas por este Organismo, y considerando lo dispuesto por la cláusula 18.1 -el mismo que dispone la obligación de cumplir con la prestación del Servicio Portador de manera continua e ininterrumpida, de conformidad con la normativa que emita el OSIPTEL- se colige, contrariamente a lo señalado por AZTECA, que el reporte y la acreditación de interrupciones a través del SISREP -atendiendo a lo dispuesto en el Reglamento de Calidad- no contraviene lo pactado en el Contrato de Concesión.

En efecto, como precisa la DFI en su Informe Final de Instrucción, el Reglamento de Calidad no solo dispone en su artículo 8º y su Anexo N° 13 los parámetros y fórmulas del indicador DS que no son aplicables para la determinación del DE; sino también regula otras disposiciones para el Servicio Portador como el reporte y acreditación de los eventos de interrupción, en lo que corresponda, lo cual -como se ha señalado en el Informe de Supervisión- no contradice las cláusulas contractuales.

De ahí que, en la línea de lo señalado en dicho Informe, más que determinar si hubo o no destinatarios finales afectados durante la interrupción del servicio, la obligación prevista en el artículo 9º del Reglamento de Calidad dispone que todas las empresas operadoras que prestan un servicio de telecomunicaciones están obligadas a reportar y acreditar las interrupciones que hayan afectado con su deber de prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida, con lo cual, AZTECA, también se encuentra supedita al cumplimiento de dicho deber; siendo que ello no le resultaría ajeno, atendiendo al siguiente consolidado de reportes de interrupciones en el SISREP elaborado por la DFI:

Tabla N° 3: Interrupciones reportadas por AZTECA a través del SISREP

	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Ene	-	60	22	44	65	191
Feb	-	43	18	32	56	150
Mar	-	55	30	58	51	197
Abr	-	28	25	42	24	119
May	-	35	29	26	47	138
Jun	-	39	27	40	42	149
Jul	-	24	30	60	44	158
Ago	-	40	34	68	59	206
Set	-	36	32	54	45	177
Oct	16	34	24	36	76	186

¹⁰ "Artículo 9.- Reporte y acreditación de la interrupción del servicio

Cuando se produzca una interrupción de cualquiera de los servicios públicos de telecomunicaciones señalados en el artículo 1 del presente Reglamento, la empresa operadora debe reportar al OSIPTEL la interrupción, indistintamente de la causa que la haya generado y cuya duración sea igual o mayor a 10 minutos, en los plazos establecidos en el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Para los reportes y acreditaciones, la empresa operadora deberá emplear el Sistema de Reporte de Interrupciones de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (SISREP). De manera excepcional, este reporte podrá ser presentado ante las oficinas del OSIPTEL."





Nov	32	26	25	52	52	187
Dic	51	23	25	68	47	214
Total	120	443	321	580	608	2072

Fuente: Informe Final de Instrucción

En este sentido, se desvirtúa lo señalado por AZTECA en este extremo, máxime si el CONTRATO faculta y reconoce las competencias del OSIPTEL en la supervisión del servicio público portador que brinda la RDNFO, y en ejercicio de dichas competencias, define el procedimiento para que la citada empresa cumpla con su obligación de reportar los eventos de interrupción.

Por lo expuesto, atendiendo a que -como se ha señalado- las verificaciones efectuadas a indicador DE se sustentan expresamente en las consideraciones descritas en los numerales 5.1.1 al 5.1.5 del ANEXO 12, en lo estipulado en las cláusulas 46, 47 y 2.12 del CONTRATO, y en lo reportado y acreditado en el SISREP conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Calidad; no existe contravención a los Principios de Tipicidad y Legalidad, ni se advierte causal que acredite la declaración de nulidad solicitada, conforme a lo previsto en los artículos 3° y 10° del TUO de la LPAG.

1.2 En cuanto a las mediciones realizadas que determinaron el incumplimiento.-

AZTECA señala que cuenta con obligaciones estrictamente delimitadas en su CONTRATO, por lo que, en lo referido a los Indicadores de Niveles de Servicio, expresamente se contempla los valores objetivos que la empresa operadora debe alcanzar para cumplir con los indicadores de los Requisitos de Calidad de Servicio (QoS), tales como los especificados, en los numerales 5.1.1 al 5.1.5 del ANEXO 12.

En esa línea, advierte que en lo concerniente al indicador DE, la interpretación que se obtiene del CONTRATO, es que se encuentra obligada a cumplir con los porcentajes de disponibilidad de enlaces para cada una de las jerarquías de la RDNFO. Por lo que, para verificar el cumplimiento del porcentaje exigido, se deberá calcular el promedio de disponibilidad resultante de la suma de los enlaces o unidades de medición que conforman cada nivel o jerarquía.

Agrega que no debe considerarse como definitiva la interpretación que ha señalado el MTC en su Oficio N° 14628-2018-MTC/27, sobre la forma de medición del indicador DE en cuanto a que el valor objetivo debe alcanzarse de forma independiente en cada uno de los enlaces de la RDNFO; considerando que se ha iniciado un arbitraje para que se defina cómo debe medirse el cumplimiento del Indicador DE, respetando el pacto contractual; no existiendo certeza sobre cuál es la correcta interpretación del CONTRATO.

Sobre lo señalado por AZTECA es necesario precisar respecto a la forma de cálculo del indicador DE, que de la lectura del numeral 5 del Anexo 12 del CONTRATO no se advierte indicación alguna de efectuar promedios de los valores obtenidos, como se verifica a continuación:

“(…)
5.1.1 La disponibilidad de los enlaces que pertenecen a la Red Core es de noventa y nueve enteros novecientos noventa y nueve milésimas por ciento (99.999%), medida en base anual, sin contar el tiempo de inactividad programado y comunicado con antelación al OSIPTEL. El Concesionario debe diseñar, **desplegar**, operar y mantener la RDNFO de tal manera que se asegure este nivel de disponibilidad.





- 5.1.2 *La disponibilidad de los enlaces de la red de fibra óptica con diversidad de rutas que une Nodos de Agregación, que se conectan a los Nodos de la Red Core es de noventa y nueve enteros con novecientos noventa y nueve milésimas por ciento (99.999%), medida en base anual, sin contar el tiempo de inactividad programado aprobado.*
- 5.1.3 *La disponibilidad del enlace de fibra óptica para los Nodos de Agregación ubicados en Puerto Maldonado y en Pucallpa, sin diversidad de rutas que se conectan a Nodos de la Red Core, es de noventa y nueve enteros con nueve décimas por ciento (99.9%), medida en base anual.*
- 5.1.4 *La disponibilidad de los enlaces que unen Nodos de Distribución, es de noventa y nueve enteros con siete décimas por ciento (99.7%), medida en base anual. Esta disponibilidad no es aplicable para los Nodos de Distribución que coincidan físicamente con algún Nodo de Agregación, en estos casos el nivel de servicio será el señalado en los numerales 5.1.2 y 5.1.3, según corresponda.*
- 5.1.5 *La disponibilidad de los enlaces de la red de fibra óptica que une Nodos de Conexión es de noventa y nueve enteros con seis décimas por ciento (99.6%), medida en base anual. (...)*

Cabe señalar que la postura antes indicada fue validada por el MTC, como Concedente y parte del CONTRATO suscrito, a través del Oficio N° 14628-2018-MTC/27 recibido con fecha 25 de julio de 2018, ante la consulta realizada por este Organismo, precisando que, a fin de realizar el cálculo del indicador DE no corresponde promediar los valores obtenidos por cada jerarquía de red. De esta manera, contrario a lo indicado por AZTECA, este Organismo Regulador no ha impuesto una interpretación unilateral del contrato, quedando desvirtuados sus argumentos en este extremo.

De ahí que, aun cuando AZTECA aluda a que en la vía arbitral ha planteado la interpretación aludida para el cálculo del indicador DE; es de indicar, conforme se ha venido desarrollando en el presente análisis que, en la medida que corresponde al OSIPTEL realizar las actividades de supervisión, fiscalización y sanción que le competen, respecto de la prestación del servicio portador; con lo cual, compete a la DFI la verificación del cumplimiento de los Niveles de Servicio (SLA) conforme a lo establecido en el ANEXO 12 del CONTRATO, adoptando en caso de incumplimiento las medidas previstas expresamente en la normativa vigente; más aún cuando -tal y como se ha indicado- el resultado de la evaluación efectuada por el Órgano Supervisor no se ha sustentado a través de la exigencia de obligaciones superiores a las pactadas en el CONTRATO, sino sobre obligaciones que éste ha determinado y han sido descritas de manera específica en el numeral 5 del indicado ANEXO 12.

1.3 En cuanto a la evaluación de las interrupciones producidas en el periodo supervisado.-

A. Sobre la declaración de improcedencia de los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor por parte de la DFI sin considerar lo previsto en el Contrato de Concesión.-

Según lo analizado por la DFI en el numeral 3.1 del Informe de Supervisión, del análisis de las incidencias reportadas por AZTECA, así como de la evaluación de la diligencia con la cual debió actuar ante la ocurrencia de las mismas, se concluyó que del total de trescientos sesenta y nueve (369) incidencias reportadas, correspondía excluir un total de 103 incidencias del cálculo del indicador DE.





Al respecto, AZTECA señala en sus Descargos que la DFI al realizar el análisis de las exclusiones de las trescientos sesenta y nueve (369) interrupciones reportadas aplica el Reglamento de Calidad, más no lo dispuesto en el CONTRATO. Por ello, procede a realizar las siguientes observaciones respecto de las interrupciones que se declararon improcedentes pese a que -según considera- se ocasionaron por caso fortuito o fuerza mayor:

➤ **Sobre las interrupciones no declaradas en el SISREP por no generar perjuicio alguno ante la ausencia de clientes:**

AZTECA indica que la DFI habría declarado improcedente la acreditación de interrupción por caso fortuito o fuerza mayor, en tanto no se habría declarado en el SISREP, por lo que, implícitamente se estaría afirmando la obligación de reportar todas las interrupciones en el SISREP, pese a no contar con clientes en el nodo. Asimismo, añade la empresa operadora que en todos los eventos que no reportó en el SISREP, sí lo habría hecho a través de los informes periódicos mensuales, por lo que habría cumplido con el envío de la información.

Al respecto, es necesario reiterar que la evaluación del cumplimiento del indicador DE se sustentan expresamente en las consideraciones descritas en los numerales 5.1.1 al 5.1.5 del ANEXO 12, en lo estipulado en las cláusulas 46 y 2.12 del CONTRATO, así como en los parámetros de reporte y acreditación de interrupciones que dispone el Reglamento de Calidad, dado que dicha regulación le resulta aplicable, conforme lo dispone la cláusula 47 de dicho contrato, no exigiéndose obligaciones superiores a las pactadas en dicho contrato como lo alega la empresa operadora.

En esa línea, en lo que respecta al procedimiento de deber de reporte y acreditación de interrupciones señalada en el artículo 9° del Reglamento de Calidad, conforme se ha indicado, dicho deber se genera ante la afectación del deber de continuidad de servicio a la que están sujetas las empresas operadoras; siendo que -tal y como se ha indicado- en el caso del Contrato de Concesión de la RDNFO para la evaluación del DE se consideran todas las interrupciones que afecten la operatividad de la red, según el nivel de jerarquía, así cuenten o no con clientes.

Sin perjuicio de ello, en la línea de lo señalado por la DFI en su Informe Final de Instrucción, en aplicación del Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, adicionalmente a la información remitida por AZTECA a través del SISREP, se procedió a reevaluar las interrupciones reportadas en los informes periódicos mensuales, conforme al análisis contenido en el Anexo N° 1 del señalado Informe¹¹, cuyas conclusiones se verifican en el punto C. siguiente.

➤ **Sobre la no presentación de reporte del evento como “crítico”:**

AZTECA señala que la acreditación de la interrupción ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor fue declarada improcedente por la DFI, dado que no presentó reportes del evento como crítico conforme a lo previsto en el Anexo 13 del Reglamento de Calidad, pese a que ello no sería aplicable al Contrato de Concesión.

¹¹ El mismo que fue puesto en conocimiento de la empresa operadora a través de la comunicación N° C.00366-GG/2021, notificada el 19 de abril de 2021





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Al respecto, es de considerar que acorde con la citada cláusula 46 del CONTRATO y el TUO de las CDU, se evaluarán las incidencias que corresponden ser excluidas, por obedecer a eventos de caso fortuito o fuerza mayor, reportados por AZTECA, considerando la diligencia ordinaria con la cual debió actuar la citada empresa, en relación a dichos eventos, atendiendo a la definición contenida en la cláusula 2.12 del CONTRATO.

De ahí que, contrario a lo alegado por AZTECA la no exclusión de los eventos de interrupción no obedeció a que no se remitió algún tipo de reporte preliminar de los eventos que la empresa considerara como eventualmente “críticos”, sino a lo siguiente: i) La empresa no aportó información que acredite la causa de las interrupciones (sea porque no presentó información o porque de la remitida no se colegía la causa reportada) y, ii) N acreditó que actuó con la diligencia ordinaria (ex ante y después) respecto a dichos eventos, según lo pactado en las Cláusulas 46 y 2.12 del CONTRATO; por tanto, se desestiman los argumentos presentados por la empresa operadora en el presente extremo.

➤ **Sobre el cuestionamiento efectuado por la falta de funcionamiento de rutas secundarias:**

AZTECA aduce en su descargo que la DFI fundamentó las improcedencias de la suspensión de obligaciones de las interrupciones por caso fortuito o fuerza mayor, debido a que las rutas secundarias de la RDNFO no habrían funcionado; sin considerar que desplegó el diseño de dicha red siguiendo el diseño aprobado por el Estado, incluyendo la implementación de las rutas primarias y secundarias, en coordinación cercana con el MTC y en estricto cumplimiento del CONTRATO.

En atención a ello, no corresponde a la empresa operadora la decisión de las rutas principales y secundarias diseñadas, así como tampoco existe posibilidad alguna de la incorporación de rutas adicionales al Proyecto, toda vez que dicha construcción vulneraría las obligaciones en la fase de Operación y mantenimiento de la RDNFO.

Al respecto, cabe indicar que en el marco de las competencias del OSIPTEL, corresponde a este Organismo verificar la calidad del servicio, que para el presente caso se traduce en corroborar si los Niveles de Servicio (SLA), representados por medio del indicador DE, cumplen con los valores estipulados en el CONTRATO.

Ahora bien, conforme a lo expuesto para la exclusión de los eventos de interrupción no solo es necesario acreditar su causa, sino además la diligencia ordinaria (ex ante y después) frente a dichos eventos de conformidad con lo previsto en las cláusulas 46 y 2.12 del CONTRATO.

En este orden, contrario a lo señalado por AZTECA, este Organismo Supervisor no cuestiona el diseño de la infraestructura de la RDNFO, sino que lo que se cuestiona es que ni en la fase de supervisión, ni en la de instrucción, la empresa operadora acreditó que ante determinado evento de interrupción, implementó mecanismos o realizó acciones con la finalidad de garantizar la prestación continua e ininterrumpida del Servicio Portador y/o su restablecimiento, es decir, si actuó con la diligencia ordinaria que exige el propio CONTRATO, citándose como por ejemplo, la activación de rutas de respaldo.



BICENTENARIO
PERÚ 2021



Asimismo, es de considerar que corresponde a la empresa operadora la acreditación de la diligencia, conforme se señala en la Resolución N° 00315-2019-GG/OSIPTEL¹², la misma que indicó lo siguiente:

“Al respecto, cabe señalar que si bien de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 248° del TUO de la LPAG, la Autoridad administrativa debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario (presunción de inocencia), y en consecuencia, como una derivación del deber de oficialidad que rige el procedimiento administrativo, le corresponde a dicha Autoridad la carga de la prueba, ello no ocurrirá así en los casos en los que su ejercicio no resulte materialmente posible de ejecutar a ésta última, por corresponder a actuaciones materiales que únicamente el administrado se encontraría en capacidad de realizar, como es el caso de la acreditación de la diligencia debida, de los elementos cognoscitivos o volitivos que determinen la falta de voluntariedad del infractor o de los hechos impositivos o extintivos que lo exoneren de responsabilidad.”

Asimismo, conforme reconoce la empresa operadora, en virtud de las cláusulas 46. y 47. del CONTRATO, corresponde al concesionario la obligación de sustentar y acreditar la ocurrencia de un hecho fortuito o fuerza mayor, así como las medidas que adoptó frente a lo ocurrido.”

De igual forma, en el marco de la evaluación del Reglamento de Calidad, el Consejo Directivo en el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 00109-2020-CD/OSIPTEL, señaló lo siguiente:

“Ahora bien, no debe perderse de vista la obligación de la empresa operadora de prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida, tal como establece el artículo 44 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso); sin embargo, tal como reconoce el Reglamento de Calidad, para aquellas interrupciones cuya duración es mayor a noventa (90) o ciento ochenta (180) minutos, las empresas operadoras podrán exonerarse solo si el origen de la interrupción no es de su responsabilidad, y además, acredita que actuó con la diligencia debida (...).”¹³

De lo indicado con anterioridad se desprende, que la diligencia debe ser acreditada por la empresa operadora, debido a que corresponden a actuaciones materiales que únicamente el administrado se encuentra en capacidad de realizar; en consecuencia, se reitera que la evaluación de la procedencia o improcedencia de las exclusiones detalladas en el Anexo N° 1 del Informe de Supervisión, se ha efectuado en observancia de lo previsto en las cláusulas 46, 47 y 2.12 del CONTRATO.

➤ **Sobre la presentación de determinados documentos otorgados por terceros para acreditar el hecho**

AZTECA señala que la acreditación de la interrupción ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor fue declarada improcedente por la DFI, dado que no presentó documentos de terceros para corroborar el hecho. Sobre ese supuesto -la empresa operadora agrega que el CONTRATO no establece que debe cumplir con la

¹² Emitida en el Expediente N° 00050-2019-GG-GSF/ PAS, seguido contra AZTECA por el incumplimiento del artículo 6° del RFIS respecto al incumplimiento de las condiciones esenciales del CONTRATO respecto de otros indicadores previsto en el ANEXO 12 del mismo. Cabe señalar que tal pronunciamiento fue confirmado a través de la Resolución N° 0060-2021-CD/OSIPTEL

¹³ La misma que se encuentra publicada en la página Web institucional en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/ifzn0qrb/res109-2020-cd.pdf>





presentación de determinada documentación para que la autoridad pueda verificar si existe una situación de caso fortuito o de fuerza mayor.

De ahí que para la empresa operadora, no correspondería a la DFI exigir la documentación emitidos por terceros, tales como una constancia policial, para acreditar la existencia de una interrupción de caso fortuito o fuerza mayor; atendiendo a que dicho requerimiento se encuentra previsto en el Anexo 13 del Reglamento de Calidad, y no en el CONTRATO.

Al respecto, si bien de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 248° del TUO de la LPAG, la Autoridad Administrativa debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario (presunción de inocencia), ello no ocurrirá así en los casos en los que su ejercicio no resulte materialmente posible de ejecutar a ésta última, por corresponder a actuaciones materiales que únicamente el administrado se encontraría en capacidad de realizar, como es el caso de la acreditación de la diligencia debida o de los elementos lo exoneren de responsabilidad.

Asimismo, en virtud de las cláusulas 46 y 47, así como del numeral 2.12 de la cláusula 2 del CONTRATO, corresponde al concesionario la obligación de sustentar y acreditar la ocurrencia de un hecho fortuito o fuerza mayor, así como las medidas que adoptó frente a lo ocurrido. De ahí que, puede aceptarse la suspensión de la obligación por caso fortuito o la fuerza mayor, en aquellos eventos de interrupción en los cuales la empresa operadora demuestre haber actuado con la diligencia ordinaria (ex ante y ex post).

En este orden, contrario a lo indicado por AZTECA, debe advertirse que este Organismo Regulador no ha establecido una lista cerrada de medios probatorios para acreditar la causa o la diligencia desplegada por la empresa operadora frente a un evento de interrupción, puesto que realizar ello, atentaría contra el Principio de Libertad Probatoria¹⁴ del administrado para aportar las pruebas que acrediten sus alegaciones.

Al respecto, en el Anexo N° 1 del Informe de Supervisión se detalla la evaluación de la acreditación de la causa de cada evento de interrupción; así como, la diligencia ordinaria desplegada frente a cada uno de estos, habiendo gozado AZTECA de plena libertad probatoria, tanto en la fase de supervisión como la de instrucción, para ofrecer los medios de prueba que sustenten su posición; no obstante ello, valorada las acreditaciones aportadas por la empresa operadora, se determinó que estas no acreditaban la causa reportada o la diligencia exigida según lo establecido en el CONTRATO. Por tanto, se desestiman los argumentos presentados por la empresa operadora en el presente extremo.

B. Sobre el Nodo Moquegua

AZTECA señala en sus descargos que, el numeral 5 del Anexo 12 del CONTRATO dispone que para la medición del Indicador DE no se considerará el tiempo de inactividad programado, como es el caso de trabajos de mantenimiento, lo cual fue reconocido en el Informe de Supervisión. De ahí que no se ha excluido del

¹⁴ **Artículo 173.- Carga de la prueba**

173.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

173.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.





Indicador DE, el Ticket N° INC000000017347, referente al nodo de Moquegua, pese a que dicha inactividad obedece a la realización de un mantenimiento.

Al respecto, corresponde considerar el deber que tiene la empresa operadora de reportar al OSIPTEL todas las interrupciones que se presenten durante la prestación del servicio, así como los numerales 5.1.1 y 5.1.2 del ANEXO 12 que disponen que las mediciones de los indicadores DE pertenecientes a la Red Core y a la Red de Fibra Óptica con diversidad de rutas que une Nodos de Agregación, serán efectuadas sin contar con el tiempo de inactividad programado.

De acuerdo a ello, la DFI procedió a verificar si, en efecto, AZTECA reportó la referida incidencia como un trabajo de mantenimiento, a fin de excluir el tiempo de inactividad programado de la medición del nodo de Moquegua, cuyo análisis se detalla en el Anexo 1 del Informe Final de Instrucción, concluyendo lo que se indica en el siguiente punto.

C. Sobre el recalcu del indicador DE:

Atendiendo a lo señalado con anterioridad, considerando la información remitida AZTECA con sus Descargos 1 -Anexo 3 Tabla Excel con descargos y Anexo 4 Informe Técnico sobre reporte de enlace Moquegua – Arequipa- y conforme al análisis contenido en el Anexo 1 del Informe Final de Instrucción, la DFI procedió a realizar al recalcu del indicador DE, referidos a los veinticinco (25) nodos que son materia de imputación en el presente PAS, verificando si en tales casos AZTECA acreditó que los eventos correspondían a situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, en virtud de las cláusulas 46 y 47, así como del numeral 2.12 de la cláusula 2 del CONTRATO, obteniendo los resultados que se aprecian en la siguiente imagen:

Resultado del recalcu del indicador Disponibilidad de Enlace de los 25 nodos materia de imputación					
Cuenta de NODOS JERARQUIA	NODOS	DS	Valor Objetivo	Resultado	Total
AGREGACIÓN	MOQUEGUA	99.998%	99.999%	No cumple	1
	MOYOBAMBA	99.971%	99.999%	No cumple	1
	PUCALLPA	99.6%	99.9%	No cumple	1
	PUERTO MALDONADO	100%	99.900%	Cumple	1
DISTRIBUCIÓN	ACOBAMBA	99.6%	99.7%	No cumple	1
	ASCOPE	99.8%	99.700%	Cumple	1
	CANTA	96.9%	99.700%	No cumple	1
	HUACAYBAMBA	99.3%	99.700%	No cumple	1
	HUACRACHUCO	99.6%	99.700%	No cumple	1
	HUANCA SANCOS	99.4%	99.700%	No cumple	1
	LIRCAY	99.6%	99.700%	No cumple	1
	LLAMELLIN	99.0%	99.700%	No cumple	1
	MOLLENDO	99.3%	99.700%	No cumple	1
	OYON	99.2%	99.700%	No cumple	1
	PAUSA	99.6%	99.700%	No cumple	1
	PUERTO INCA	99.1%	99.700%	No cumple	1
	SALVACION	99.5%	99.700%	No cumple	1
	SAN JOSE DE SISA	99.4%	99.700%	No cumple	1
	SANDIA	99.7%	99.700%	Cumple	1
	SECHURA	99.3%	99.700%	No cumple	1
	TAMBOBAMBA	99.300%	99.700%	No cumple	1
YAUYS	98.5%	99.700%	No cumple	1	
CONEXIÓN	ALTO MANANTAY	99.5%	99.6%	No cumple	1
	EL MILAGRO	99.6%	99.600%	Cumple	1
	MACANACUNA	100%	99.600%	Cumple	1
Total general					25

Fuente: Informe Final de Instrucción

Como se desprende de la tabla anterior, el resultado del recalcu los valores objetivos del indicador DE, se resume de la siguiente manera:

- a. En cinco (5) nodos de la RDNFO: (i) Puerto Maldonado, ii) Ascope, iii) Sandia, iv) El Milagro y v) Macanacuna; el resultado obtenido del





recalculo del indicador DE, se encuentra por encima del valor objetivo establecido en los numerales 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del ANEXO 12; con lo cual, habiéndose cumplido con el indicador DE, **corresponde el archivo en este extremo del presente PAS.**

b. En veinte (20) nodos de la RDNFO, el resultado obtenido del recalculo del indicador DE, se encuentra por debajo del valor objetivo establecido en los numerales 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del ANEXO 12, toda vez que:

a) En los enlaces de dos (2)¹⁵ nodos, del nivel o jerarquía de Agregación, los valores del indicador DE están entre 99.971% y 99.998%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.999% establecido en el numeral 5.1.2 del ANEXO 12.

b) En el enlace de un (1)¹⁶ nodo, del nivel o jerarquía de Agregación, sin diversidad de rutas que se conecta a la Red Core, el valor del indicador DE está en 99.6%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.9% establecido en el numeral 5.1.3 del ANEXO 12.

c) En los enlaces de dieciséis (16)¹⁷ nodos, del nivel o jerarquía de Distribución, los valores del indicador DE están entre 99.0% y 99.6%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.7% establecido en el numeral 5.1.4 del ANEXO 12.

d) En el enlace de un (1)¹⁸ nodo, del nivel o jerarquía de Conexión, el valor del indicador DE, se encuentra en 99.5%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.6% establecido en el numeral 5.1.5 del ANEXO 12.

De ahí que, en atención a lo indicado en el presente acápite, se advierte que del recalculo efectuado, se determinó que respecto a veinte (20) nodos de la RDNFO los resultados para el indicador DE se mantienen por debajo del valor objetivo establecido en los numerales 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del ANEXO 12 del CONTRATO; lo cual constituye un incumplimiento de las condiciones esenciales del mismo, acorde con lo previsto en la cláusula 22, y configura la infracción tipificada en el artículo 6° del RFIS.

1.4 Sobre la solicitud de suspensión del presente procedimiento al existir en trámite un procedimiento arbitral.-

AZTECA solicita en sus Descargos 2 se suspenda el presente PAS hasta que finalice el arbitraje iniciado entre su Representada y el MTC, respecto del alcance de la obligación contractual del indicador DE; en tanto existe una controversia en trámite para definir cómo debe ser medido el indicador de disponibilidad de enlace, por lo que -a la fecha- no existe certeza de que la Gerencia se encuentre supervisando el cumplimiento de esta obligación conforme fue previsto en el Contrato de Concesión

¹⁵ Enlaces de dos (2) Nodos: MOQUEGUA y MOYOBAMBA

¹⁶ Enlace de un (1) Nodo: PUCALLPA

¹⁷ Enlaces de dieciséis (16) Nodos: ACOBAMBA, CANTA, HUACAYBAMBA, HUACRACHUCO, HUANCA SANCOS, LIRCAY, LLAMELLIN, MOLLENDON, OYON, PAUSA, PUERTO INCA, SALVACIÓN, SAN JOSE DE SISA, SECHURA, TAMBOBAMBA y YAUYOS

¹⁸ Enlace de un (1) Nodo: ALTO MANANTAY





Así, precisa que a través del mencionado arbitraje se determinará lo siguiente: (i) El alcance de las obligaciones vinculadas a los niveles de servicio (SLA); (ii) cómo debe medirse el cumplimiento del indicador DE; y, (iii) las situaciones en las que AZTECA se encuentra exenta del cumplimiento de sus obligaciones, como alcanzar el valor objetivo del indicador DE¹⁹.

Ante ello, AZTECA aduce que no existiría garantía de que la interpretación realizada por la DFI para determinar el incumplimiento del Indicador DE sea la correcta, dado que dicho órgano no fue parte en el CONTRATO y la forma como ha realizado la medición de dicho indicador podría generar la exigencia de obligaciones adicionales a la pactada contractualmente, además de no considerar interrupciones que deben ser incluidas como caso fortuito o fuerza mayor.

En ese sentido, agrega la empresa operadora que continuar con el procedimiento sancionador iniciado como consecuencia de la interpretación unilateral del CONTRATO por parte del OSIPTEL, pese a que dicha interpretación está siendo cuestionada en un arbitraje, podría generarle graves perjuicios, por lo que sería vulnerable a sus derechos proseguir con el PAS con miras a la imposición de una sanción administrativa; más aun considerando que previamente, respecto de Indicador de Latencia, también existió una discrepancia con el MTC sobre la forma de medición, primando la posición que venía sosteniendo AZTECA.

Sustenta sus argumentos adicionalmente citando lo previsto en el artículo 13²⁰ del Texto Único de Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial²¹ establece que un procedimiento administrativo se suspenderá cuando surja una cuestión que requiera un pronunciamiento previo, sin el cual no pueda resolverse el asunto en vía administrativa.

Refiere así que correspondería la suspensión del presente procedimiento debido a que el OSIPTEL necesita que se resuelva la controversia existente en vía arbitral entre AZTECA y el MTC, para que pueda ejercer su competencia de supervisión del cumplimiento de obligaciones contractuales, cuando ya exista un pronunciamiento sobre el indicador DE, que resuelva la discrepancia entre las partes.

¹⁹ Señala que en cuanto a las mediciones del indicador DE se han considerado las siguientes pretensiones:

i) Que, se declare que el indicador de disponibilidad de enlaces de la Red se obtiene conforme al promedio de disponibilidad anual de cada una de las jerarquías de la Red (promedio que a su vez se determina en base al promedio de disponibilidad anual de cada uno de los enlaces nodos- de la Red que, en conjunto, conforman cada jerarquía), de conformidad con los numerales 5.1.1., 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 – Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión.

ii) Que, se declare que todos los tiempos de mantenimiento (preventivo, de emergencia y correctivo) se encuentran excluidos de la medición del indicador de disponibilidad de enlaces, de conformidad con los numerales 5.1.1., 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 – Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión.

iii) Que, se declare que la obligación prevista en los numerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del Anexo 12 – Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión, referida a los tiempos de reparación de equipos, se estableció únicamente respecto a la reparación de fallas ocurridas en equipos de telecomunicaciones, es decir, los que permiten la conectividad de la RDNFO.

iv) Que, se declare que para la configuración de un supuesto de caso fortuito y/o fuerza mayor, y su consecuente exoneración de responsabilidad, AZTECA debe acreditar únicamente los requisitos previstos en el numeral 2.12 y en las Cláusulas 46 y 47 del Contrato de Concesión y el Código Civil, incluyendo los casos de fallas de los equipos.

v) Que, se declare que las obligaciones referidas a los niveles de servicio SLA, son únicamente las previstas en el Contrato de Concesión y el Anexo 12 – Especificaciones Técnicas. (...)"

²⁰ **Artículo 13.- Cuestión Contenciosa en procedimiento administrativo**

"Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo. sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública. se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo. a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. (. . .)"

²¹ Decreto Supremo N° 017-93-JUS





Agrega que la decisión de suspender un procedimiento administrativo por la existencia de una controversia en vía arbitral ha sido adoptada anteriormente por el OSIPTEL, puesto que el Consejo Directivo en la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL, sustentada en el Informe N° 00142-GPRC-GAL/2017, dispuso la suspensión del procedimiento administrativo de emisión de un Mandato de Acceso a Facilidad Complementaria hasta obtener la decisión arbitral sobre el alcance de la obligación de prestar la facilidad complementaria de coubicación.

Sobre el particular, precisa que el pronunciamiento del Consejo Directivo se sustentó en la importancia de evitar que el OSIPTEL emita decisiones que restrinjan los efectos que pudiera resolver un Tribunal Arbitral en ejercicio de sus competencias; reconociéndose que, en aplicación del CONTRATO, la vía arbitral es el mecanismo de solución de controversias pactado para resolver toda discrepancia entre AZTECA y el MTC, vinculada a la interpretación del alcance de sus obligaciones contractuales. De esta manera a consideración de la empresa operadora, el presente PAS se encuentra en un escenario similar al que se analizó en la Resolución del Consejo Directivo N° 084-2017-CD/OSIPTEL.

En relación a los argumentos expuestos por AZTECA, es de indicar que los organismos reguladores de los servicios públicos -entre ellos, el OSIPTEL- se crearon con la finalidad de garantizar un tratamiento técnico para la regulación, fiscalización y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, como es el caso del servicio público de telecomunicaciones.

En virtud a ello, la Ley 27332, "Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos", precisa, en su artículo 3, en virtud de la facultad supervisora, que los organismos reguladores -como el OSIPTEL- tienen la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por partes de las entidades o actividades supervisadas; siendo que tal facultad ha sido también definida para este organismo en el artículo 2° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades (LDFF), y el artículo 9 del Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL.

En atención a lo indicado, aun cuando el OSIPTEL no sea parte del CONTRATO -como apunta la empresa operadora- tiene la facultad de supervisar el cumplimiento de obligaciones contractuales aplicables a los servicios públicos de telecomunicaciones; lo cual ha sido reconocido en la cláusula 19²² del CONTRATO, cuando dispone que corresponde a este Organismo verificar que el Concesionario -AZTECA- cumpla con las leyes aplicables, así como cualquier otra obligación que se derive del Contrato.

Con lo cual, el OSIPTEL, en virtud a la facultad concedida tanto por la normativa especial como por el CONTRATO, procedió a verificar el cumplimiento de la obligación contenida del valor objetivo del indicador DE, considerando las obligaciones expresamente establecidas en los numerales 5.1.1 al 5.1.5 del ANEXO 12, considerando para ello, lo previsto en las cláusulas 46 y 2.12 de dicho CONTRATO, atendiendo adicionalmente a la regulación emitida por el OSIPTEL que resultaba aplicable (Reglamento de Calidad, Tuo de las Condiciones de Uso).

22 CLAUSULA 19: SUPERVISION Y MONITOREO DE LA EXPLOTACION

19.1 Para la aplicación de la presente clausula, se consideran acciones de supervisión todo acto del Concedente y del OSIPTEL que dentro del marco de sus funciones y bajo cualquier modalidad, calificada o no como una auditoría, inspección o pedido de información, tienda a verificar que el Concesionario cumpla con las Leyes Aplicables, así como cualquier otra obligación que se derive del Contrato.

19.2 En la Fase de Prestación del Servicio Portador, corresponde al OSIPTEL efectuar directamente o a través de las personas que designe, las acciones de supervisión, fiscalización y sanción que le competen. El Concedente podrá realizar inspecciones y verificaciones adicionales a las efectuadas por el OSIPTEL, cuando lo considere conveniente.





Por otro lado, como Organismo Regulador, el OSIPTEL reconoce la facultad de AZTECA como concesionario, para iniciar procesos arbitrales o de cualquier índole, cuando considere que existe ambigüedad o vacío legal en relación a la interpretación, ejecución o cumplimiento de cualquier cláusula contractual que pudiera generarle algún tipo de perjuicio insubsanable.

No obstante, el que la empresa operadora cuente con dicha potestad y además la ejecute, no quiere decir que la labor supervisora del OSIPTEL y las obligaciones involucradas queden suspendidas, considerando lo señalado en la Cláusula 66 del CONTRATO, cuando dispone que *durante el desarrollo del arbitraje las partes continuarán con la ejecución de sus obligaciones contractuales, en la medida en que sea posible, inclusive con aquellas que son materia del arbitraje*; siendo que, en tal contexto, tal y como lo prevé el CONTRATO en la cláusula 19.2, corresponde al OSIPTEL realizar las actividades de supervisión, fiscalización y sanción que le competen, respecto de la prestación del servicio portador; adoptando los mecanismos previstos en la normativa en caso de incumplimiento.

Ahora bien, en relación a la aplicación del artículo 13° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el razonamiento expuesto en la citada Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL, corresponde señalar, en la línea de lo resuelto por el Consejo Directivo en la Resolución N° 060-2021-CD/OSIPTEL²³, lo siguiente:

- i) *El mencionado cuerpo normativo no resulta aplicable en el caso particular, en tanto no nos encontramos frente a un procedimiento administrativo dentro del cual haya surgido una cuestión contenciosa que requiera pronunciamiento previo y sin la que no se pueda resolver el asunto tramitado por la administración, sino que lo que pretende la empresa operadora es la suspensión de la vigencia de cláusulas contractuales, situación que ya fue excluida por la Cláusula 66 antes indicada.*
- ii) *Sobre la Resolución de Consejo Directivo, es importante indicar que la misma corresponde a un procedimiento de emisión de un mandato de acceso a facilidad complementaria, el cual tiene una naturaleza distinta a la de un procedimiento administrativo sancionador que evalúa o define la responsabilidad de un administrado frente al incumplimiento de una obligación regulatoria, con lo cual no es posible equipararlos y mucho menos aplicar la lógica de uno, en el otro.*

Asimismo, conforme se ha señalado y ha sido desarrollado en el presente análisis, el OSIPTEL supervisó y evaluó el cumplimiento del valor objetivo del indicador DE, sobre la base de lo expresamente previsto en el CONTRATO suscrito por AZTECA; con lo cual, no procede en el presente caso, la suspensión del presente procedimiento; quedando desvirtuados los descargos presentados en este extremo.

2. Respecto de la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad.-

Una vez determinada la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 6° del RFIS; corresponde que esta Instancia evalúe si se ha configurado alguna de las condiciones

²³ La misma que se encuentra publicada en la página Web del OSIPTEL, en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/phlhn3yu/resol060-2021-cd.pdf>

Cabe señalar que tal pronunciamiento fue emitido en el Expediente N° 00050-2019-GG-GSF/ PAS, en el cual se confirmaron las sanciones impuestas a AZTECA por el incumplimiento del artículo 6° del RFIS respecto al incumplimiento de las condiciones esenciales del CONTRATO respecto de otros indicadores previsto en el ANEXO 12 del CONTRATO.





eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG, como en el artículo 5° del RFIS y modificatorias²⁴.

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que AZTECA no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se produjeron como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio. Por tanto, no corresponde aplicar el supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que AZTECA no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza de este eximente, no corresponde su aplicación en el presente caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que AZTECA no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se debió al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento se concluye que AZTECA no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a la que se refiere el literal f) del artículo 257° del TUO de la LPAG:

Al respecto, la subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad. Por ello, a efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:

- La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
- La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
- La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,

²⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL.



- La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

Es importante señalar que, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ella ocurra, existirán incumplimientos que para ser subsanados requerirán, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma. Por otro lado, debe precisarse que existirán aquellos incumplimientos cuyos efectos resulten fáctica y jurídicamente irreversibles. Serán en estos últimos casos, donde la subsanación no resultará posible y por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

Asimismo, conviene precisar que si bien en un PAS, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponden al administrado que los plantea.

En esa línea, Nieto²⁵ –haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español- señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad, y, de ser el caso, atenuantes.

En el presente caso, en línea con lo señalado por la GSF en el Informe Final de Instrucción, debe señalarse que en el presente caso, por la naturaleza misma de la infracción, es decir, el incumplimiento de condiciones esenciales establecidas como tales en el CONTRATO, no puede presentarse la figura del cese de la conducta infractora, al haberse incumplido los niveles de servicio (SLA) establecidos para el indicador Disponibilidad de Enlaces durante el año 2017; siendo que dicha situación no varía (no cesa) aún por un algún posible cumplimiento posterior por parte de la empresa operadora en los siguientes periodos de evaluación, pues éstos últimos constituyen por sí mismos nuevos períodos distintos e independientes

En esa línea, carece de objeto pronunciarnos sobre los otros supuestos necesarios para la configuración del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria; en tanto no concurren las circunstancias para su configuración.

En consecuencia, se considera que no se cumple con los requisitos para la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG.

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.-

3.1 Respecto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG.-

A fin de determinar la graduación de las sanciones a imponer por las infracción administrativa evidenciada, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que

²⁵ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.





cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. Así, procede el siguiente análisis:

i. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:

Este criterio de graduación se encuentra también referido en el literal f) del artículo 30° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL - LDFE (beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción).

Dicho criterio se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio ilícito no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

En el presente caso, la magnitud del beneficio obtenido por la comisión de la infracción, se encuentra representado por los costos involucrados en todas aquellas actividades (visitas correctivas y/o de mantenimiento) destinadas a solucionar los eventos (daño a la infraestructura, hurto, robo, vandalismo, eventos de origen natural, etc.) que interrumpieron la disponibilidad de los enlaces en cada uno de los nodos de agregación, distribución y conexión de la RDNFO.

ii. Probabilidad de detección de la Infracción:

Se entenderá por probabilidad de detección a la probabilidad de que el infractor sea descubierto, asumiéndose que la comisión de una infracción determinada sea detectada por la autoridad administrativa. En un caso óptimo, la probabilidad de detección debería calcularse como la cantidad de veces que la autoridad administrativa consigue descubrir al infractor entre el total de infracciones cometidas. Sin embargo, ante la imposibilidad de tener conocimiento del total de infracciones incurridas se tiene que recurrir a formas alternativas para estimar dicha probabilidad.

En atención a ello, tomando en cuenta la naturaleza de la infracción materia del presente PAS, se concluye que la probabilidad de detección de la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RFIS -por el incumplimiento del indicador Disponibilidad de Enlaces- es media (0.50), puesto que para la detección del incumplimiento se requirió la verificación, comparación y análisis de la información disponible a través del Sistema de Reportes de Interrupciones de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (SISREP), la información reportada por la empresa infractora y los indicadores de calidad establecidos en el CONTRATO.





iii. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

Este criterio está contemplado también en los literales a) y b) del artículo 30° de la LDFF, referidos a la naturaleza y gravedad de la infracción y el daño causado por la conducta infractora.

En el presente caso, se verificó que la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RFIS, por parte de AZTECA, incumplió con los Niveles de Servicio (SLA) previstos en el ANEXO 12, específicamente del indicador Disponibilidad de Enlaces, establecido como condición esencial del Contrato de Concesión de la Red Dorsal de Fibra Óptica.

De conformidad con lo señalado por el en el artículo 6° del RFIS, tal incumplimiento configura una infracción muy grave, siendo susceptible de ser sancionada con una multa de entre ciento cincuenta y un (151) UIT y trescientas cincuenta (350) UIT, de conformidad con lo establecido por el artículo 25° de la LDFF.

Por otro lado, este criterio de graduación también hace referencia a la gravedad del daño causado al interés público y/o bien jurídico protegido, referido en el TUO de la LPAG.

Así, en el presente caso es de considerar que el objetivo del cumplimiento de los Niveles de Servicio (SLA) previstos en el numeral 5. del ANEXO 12, es asegurar la eficiente prestación del servicio, el cual debe otorgarse con calidad eficiencia y continuidad; por tal motivo la cláusula 22 del CONTRATO prevé como condiciones esenciales aplicables al Servicio Portador y Facilidades Complementarias, el cumplimiento de cada uno de los compromisos asumidos por el Concesionario referidos a los Niveles de Servicio SLA.

En esa línea, es de considerar que la prestación del servicio público -en este caso el servicio portador- tiene como objetivo satisfacer necesidades de interés general; y en esa línea la Ley 29904, Ley de Promoción de Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, precisan que el propósito del despliegue de la banda ancha y la construcción de la red dorsal nacional de fibra óptica, es promover los derechos a la educación, salud y trabajo, así como las libertades de información, expresión, opinión, empresa y comercio de las personas, reconocidos constitucionalmente.

iv. Perjuicio económico causado:

Al respecto, si bien no existen elementos objetivos que permitan determinar el perjuicio económico causado por los incumplimientos detectados, no debe perderse de vista que conforme se indica en la Exposición de Motivos del aludido Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, la titularidad de la RDNFO corresponde en todo momento al Estado, considerando que el proyecto es cofinanciado con fondos públicos; siendo así, y atendiendo a que en virtud de la cláusula 5. se otorgó a dicha empresa operadora el derecho de explotación económica de la RDNFO; se espera que aquella por su parte dé estricto cumplimiento a las condiciones pactadas en el CONTRATO.



**v. Reincidencia en la comisión de la infracción:**

En este caso en particular, no se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG.

vi. Circunstancias de la comisión de la infracción:

En el presente caso, se advierte que AZTECA no actuó de manera diligente con respecto a la infracción imputada en el presente PAS, toda vez que a pesar de conocer las obligaciones esenciales a la que se encontraba sujeta, se verificó incumplimientos en la supervisión del indicador DE durante el año 2017, conforme a lo siguiente:

a) En los enlaces de dos (2)²⁶ nodos, del nivel o jerarquía de Agregación, los valores del indicador DE están entre 99.971% y 99.998%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.999% establecido en el numeral 5.1.2 del ANEXO 12.

b) En el enlace de un (1)²⁷ nodo, del nivel o jerarquía de Agregación, sin diversidad de rutas que se conecta a la Red Core, el valor del indicador DE está en 99.6%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.9% establecido en el numeral 5.1.3 del ANEXO 12.

c) En los enlaces de dieciséis (16)²⁸ nodos, del nivel o jerarquía de Distribución, los valores del indicador DE están entre 99.0% y 99.6%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.7% establecido en el numeral 5.1.4 del ANEXO 12.

d) En el enlace de un (1)²⁹ nodo, del nivel o jerarquía de Conexión, el valor del indicador DE, se encuentra en 99.5%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.6% establecido en el numeral 5.1.5 del ANEXO 12.

Como se ha indicado, en virtud de la cláusula 5.1. del CONTRATO, se otorgó a AZTECA el derecho de explotación económica de la RDNFO; y como contraparte el Concesionario se obligó a diseñar, financiar, desplegar, operar y mantener los bienes de la concesión; siendo así, dicha empresa operadora conocía su obligación de mantener los niveles de servicio (SLA) conforme a los parámetros previstos en los numerales 5. del ANEXO 12, los cuales constituyen condiciones esenciales de CONTRATO.

vii. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor:

En este extremo, no ha quedado acreditada la existencia de intencionalidad en la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 6° del RFIS.

²⁶ Enlaces de dos (2) Nodos: MOQUEGUA y MOYOBAMBA

²⁷ Enlace de un (1) Nodo: PUCALLPA

²⁸ Enlaces de dieciséis (16) Nodos: ACOBAMBA, CANTA, HUACAYBAMBA, HUACRACHUCO, HUANCA SANCOS, LIRCAY, LLAMELLIN, MOLLENDO, OYON, PAUSA, PUERTO INCA, SALVACIÓN, SAN JOSE DE SISA, SECHURA, TAMBOBAMBA y YAUYOS

²⁹ Enlace de un (1) Nodo: ALTO MANANTAY





Por tanto, atendiendo a los hechos acreditados en el presente PAS, así como, luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el TUO de la LPAG (en específico, a los criterios de “beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción”, “la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido” y “Circunstancias de la comisión de la infracción”), corresponde sancionar a AZTECA con una multa de CIENTO CINCUENTA Y UN (151) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RFIS.

3.2 Respetto de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RFIS.-

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

- Si iniciado un PAS, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
- Otros que se establezcan por norma especial.

Asimismo, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18° del RFIS, modificado por Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL, son factores atenuantes en atención a su oportunidad, el reconocimiento de la responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, y la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

Dichas condiciones atenuantes se aplicarán en atención a las particularidades del caso y observando lo dispuesto en el TUO de la LPAG y en el RFIS:

- Reconocimiento de responsabilidad: De los actuados del expediente se advierte que AZTECA no ha reconocido su responsabilidad de forma expresa y por escrito en ninguna etapa del presente procedimiento. En tal sentido, no corresponde la aplicación del referido atenuante.
- Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: De acuerdo a lo señalado en el numeral 3 del presente análisis, no es posible el cese de la infracción por la naturaleza de la misma.
- Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa: Dada la naturaleza de las obligaciones incumplidas, a consideración de esta Instancia, no se puede efectuar la reversión de los efectos de la conducta, en la medida que constituye un supuesto que se agota en la mera realización de la misma (infracción de resultado), por lo cual, un reconocimiento posterior de los hechos o la corrección de los mismos, no desvirtúa en ningún caso la infracción incurrida, una vez que ésta ha sido determinada, por lo que, no corresponde reducir la sanción por este extremo.
- Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora: AZTECA no ha comunicado ni acreditado la implementación de





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

medidas que garanticen la no repetición de las conductas infractoras tipificadas en el artículo 6° del RFIS.

3.3 Capacidad económica del sancionado.-

El artículo 25° de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, toda vez que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2020, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por AZTECA en el año 2019.

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL y de acuerdo con el artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Desestimar la solicitud de Nulidad del Informe de Supervisión planteada por la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C., así como la suspensión del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- DAR POR CONCLUIDO el presente procedimiento administrativo sancionador iniciado a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, respecto de cinco (5) nodos de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: (i) Puerto Maldonado, ii) Ascope, iii) Sandía, iv) El Milagro y v) Macanacuna; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Artículo 3°.- SANCIONAR a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. una multa de CIENTO CINCUENTA Y UN (151) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL respecto del incumplimiento del indicador Disponibilidad de Enlaces en el caso de veinte (20) nodos de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, previsto en los numerales 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 - Especificaciones Técnicas del Concurso de Proyectos Integrados, el mismo que forma parte del Contrato de Concesión de dicha Red; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4°.- La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 5°.- Notificar la presente Resolución a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C., conjuntamente con el Informe N° 00113-UPS/2021, y el Oficio N° 14628-2018-MTC/27.

Artículo 6°.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional del





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe) y en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuanto haya quedado firme.

Regístrese y comuníquese,

LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA
GERENTE GENERAL (E)



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: aCE16365s952@1