

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 003-2001
PARTES : Telmex Perú S.A. (**Telmex**)¹ contra Telefónica del Perú S.A.A. (**Telefónica**).
MATERIA : Supuestos incumplimientos de obligaciones de libre y leal competencia, interconexión, acceso a redes y de carácter técnico.
APELACIÓN : Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL, que denegó la solicitud de confidencialidad presentada por Telefónica. Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, que declaró fundada en parte la demanda de Telmex.

SUMILLA: Se declara que, al haber ejercido Telefónica del Perú S.A.A. el Silencio Administrativo Negativo, el Tribunal de Solución de Controversias ha perdido competencia respecto de los extremos del recurso de apelación presentado por Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL.

Se declara que, al haber ejercido Telefónica del Perú S.A.A. el Silencio Administrativo Negativo, el Tribunal de Solución de Controversias ha perdido competencia respecto del recurso de apelación presentado por Telmex Perú S.A. contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, en los extremos en que solicita que se incrementen las multas impuestas a Telefónica del Perú S.A.A. y que se declare totalmente fundada la demanda por Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente (literal d del primer punto controvertido).

Se declara que el Tribunal no debe pronunciarse respecto de la apelación de Telefónica contra la Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL al haber operado la sustracción de la materia.

Se declara que el Tribunal de Solución de Controversias mantiene competencia para pronunciarse sobre el recurso de apelación de Telmex Perú S.A., en el extremo referido a la Programación 133.

Se otorga el uso de la palabra a Telmex Perú S.A. y a Telefónica del Perú S.A.A., en las condiciones señaladas previamente. El informe oral se llevará a cabo en el local de OSIPTEL, sito en Calle de la Prosa 136, San Borja, el día lunes 11 de diciembre del año 2006, a las 08:30 horas.

Lima, 27 de noviembre del año 2006.

VISTOS:

El Expediente N° 003-2001.

¹ Antes AT&T Perú S.A.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Telmex obtuvo concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional y larga distancia internacional mediante Resoluciones Ministeriales N° 023-99-MTC/15.03 y N° 024-99-MTC/15.03, del 21 de enero del año 1999, respectivamente. Posteriormente, obtuvo concesión para prestar el servicio público de telefonía fija local mediante Resolución Ministerial N° 146-99-MTC/15.03, del 15 de abril del año 1999.
2. Telefónica tiene concesión para prestar, entre otros, servicios públicos de telefonía fija local, portador local, de larga distancia nacional y de larga distancia internacional, de acuerdo con los contratos de concesión que suscribieron el 16 de marzo del año 1994 la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. y Entel Perú S.A. -actualmente fusionadas en Telefónica- con el Estado Peruano.
3. Con fecha 05 de junio del año 2001, Telmex presentó una demanda ante el OSIPTEL en contra de Telefónica por la comisión de diversas infracciones a la regulación específica del sector de telecomunicaciones (Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL y Reglamento de Preselección), así como a las normas de libre y leal competencia (Decreto Legislativo 701 y Decreto Ley 26122). De igual manera, Telmex denunció que dichas infracciones en conjunto constituían una estrategia anticompetitiva integral de parte de Telefónica que presuntamente había afectado la competencia en los mercados de servicios de larga distancia y telefonía fija.
4. Telefónica contestó la demanda de Telmex con escritos de fechas 25 y 27 de junio del año 2001, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando que las imputaciones planteadas en su contra por Telmex fueran declaradas infundadas.
5. Mediante Resolución N° 011-2001-CCO/OSIPTEL, del 10 de septiembre del año 2001, el Cuerpo Colegiado Ordinario encargado de conocer este procedimiento de solución de controversias (en adelante Cuerpo Colegiado) fijó los siguientes puntos controvertidos del procedimiento:
 - (i) Primer Punto Controvertido: Determinar si Telefónica ha incurrido en las siguientes conductas, y si éstas constituyen actos de competencia desleal y/o abuso de su posición de dominio en el mercado y/o infracciones a los mandatos de interconexión y normas vigentes (principio de no discriminación, normativa de interconexión y acceso a redes):
 - a) Sabotaje de los medios de interconexión entre su red fija y la red de larga distancia de Telmex, a través de la generación de llamadas sin ANI (*"Automatic Number Identification"* o *"Identificación Automática de Número"*),

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

durante el régimen de interconexión transitoria (en adelante Llamadas sin ANI).

- b) Desvío intencional de las llamadas de larga distancia efectuadas por abonados fijos locales de Telefónica que eligieron a Telmex como su operador de larga distancia, hacia su red de larga distancia (en adelante Desvío de Llamadas).
 - c) Negativa injustificada a conceder a los abonados de teléfonos fijos locales de Telefónica pre-suscritos al servicio de larga distancia de Telmex el acceso a los servicios de red inteligente 0-800 (en adelante Acceso a 0-800-5).
 - d) Negativa injustificada a transportar las llamadas originadas en teléfonos fijos locales de abonados de Telmex destinadas a los suscriptores de Telefónica de los servicios 0-800 y viceversa (en adelante Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente).
 - e) Negativa injustificada a conceder a Telmex el acceso a los servicios de larga distancia por operadora a través de los números 108 y 109 (en adelante Acceso a 108 y 109).
 - f) Discriminación en perjuicio de Telmex al negarse a otorgarle las promociones, descuentos y otros beneficios otorgados a sus usuarios, durante el régimen de interconexión transitoria (en adelante Discriminación de precios por el uso de líneas PRI).
 - g) Negativa injustificada a la interconexión satelital entre los servicios portadores de larga distancia nacional de Telmex y sus redes fijas locales en provincias (en adelante Interconexión Satelital).
 - h) Negativa injustificada a prestar los servicios esenciales de facturación y cobranzas (en adelante Facturación y Cobranza).
 - i) Negativa injustificada al acceso a la red de telefonía pública de Telefónica en las modalidades de abonados y teléfonos públicos, desde la mencionada red hacia la plataforma pre-pago de Telmex utilizando la numeración 133 (en adelante Programación de la numeración 133).
 - j) Negativa injustificada a transportar a través de su red las llamadas originadas en sus teléfonos públicos destinadas a los abonados de la telefonía fija de Telmex (en adelante Transporte de Llamadas de teléfonos públicos de Telefónica → Red de telefonía fija de Telmex).
- (ii) Segundo Punto Controvertido: Determinar si los actos antes detallados constituyen una estrategia anticompetitiva integral de Telefónica contra Telmex dirigida a afectar su desempeño en el mercado (En adelante, Estrategia Anticompetitiva Integral).

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

6. El 18 y 25 de febrero del año 2002, Telefónica presentó diversa documentación, a solicitud de la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado, solicitando que la información contenida en los anexos 13-L, 13-N y 15-A fuera declarada confidencial, en la modalidad de reservada, de conformidad con lo establecido en el Reglamento para la Determinación, Ingreso, Registro y Resguardo de la Información Confidencial presentada ante OSIPTEL, aprobado mediante Resolución N° 049-2001-CD/OSIPTEL.
7. Mediante Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL, del 28 de febrero del año 2002, el Cuerpo Colegiado declaró no reservada la información contenida en los anexos 13-L, 13-N y 15-A de los escritos de fechas 18 y 25 de febrero del año 2002, presentados por Telefónica, por considerar que dicha información no cumplía con los requisitos previstos en la Resolución N° 049-2001-CD/OSIPTEL para ser considerada confidencial.
8. El 08 de marzo del año 2002, Telefónica interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL, solicitando que la misma sea revocada y que se declare confidencial la información presentada.
9. El 21 de marzo del año 2002, Telmex presentó un escrito en el que renuncia expresamente al derecho a acceder a la información contenida en los anexos 13-L, 13-N y 15-A de los escritos de fechas 18 y 25 de febrero del año 2002 presentados por Telefónica, con la finalidad que se evite dilaciones por la tramitación de la apelación presentada por esta última empresa contra la resolución que declaró no reservada dicha información.
10. Mediante Resolución N° 042-2002-CCO/OSIPTEL, del 26 de marzo del año 2002, el Cuerpo Colegiado concedió el recurso de apelación interpuesto por Telefónica contra la Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL.
11. Mediante Resolución N° 052-2001-CCO/OSIPTEL, del 19 de julio del año 2002, el Cuerpo Colegiado declaró lo siguiente respecto de la demanda presentada por Telmex:
 - a) Fundada en los siguientes extremos e imponiendo las sanciones que se detallan a continuación:
 - Llamadas sin ANI (literal a del primer punto controvertido), por infracción al artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y al artículo 5° inciso f) de la Ley de Libre Competencia, calificada como muy grave. Sanción de multa ascendente a 400 UIT.
 - Desvío de Llamadas (literal b del primer punto controvertido), por infracción a los artículos 10° y 14° del Reglamento de Preselección, calificada como grave. Sanción de amonestación.
 - Acceso a 0-800-5 (literal c del primer punto controvertido), por infracción al artículo 6° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y al artículo

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

- 5° inciso a) de la Ley de Libre Competencia, calificada como muy grave. Sanción de multa ascendente a 125 UIT.
- Acceso a 108 y 109 (literal e del primer punto controvertido), por infracción a los artículos 4° y 37° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, calificada como muy grave. Sanción de multa ascendente a 270 UIT.
 - Transporte de Llamadas de teléfonos públicos de Telefónica → Red de telefonía fija de Telmex (literal j del primer punto controvertido), por infracción al artículo 4° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, calificada como muy grave. Sanción de multa ascendente a 151 UIT.
- b) Fundada parcialmente en el extremo correspondiente al Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente (literal d del primer punto controvertido), por infracción al artículo 4° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL, calificada como muy grave. Sanción de multa ascendente a 151 UIT.
- c) Infundada en parte en los siguientes extremos:
- Discriminación de precios por el uso de líneas PRI (literal f del primer punto controvertido)
 - Interconexión Satelital (literal g del primer punto controvertido).
 - Programación de la numeración 133 (literal i del primer punto controvertido).
 - Estrategia Anticompetitiva Integral (segundo punto controvertido).
- d) Improcedente en el extremo correspondiente a la Facturación y Cobranza (literal h del primer punto controvertido).
- e) Ordenar a Telefónica que, en el plazo máximo de 30 días útiles, proceda a:
- Transportar las llamadas originadas en la red fija de su empresa o de Telmex hacia los suscriptores de los servicios 0-80-C de la red de Telefónica o de Telmex, respectivamente.
 - Otorgar acceso a los números 108 y 109 a los abonados preseleccionados a Telmex.
 - Transportar las llamadas de teléfonos públicos de la red de Telefónica a los abonados de la red fija de Telmex.
 - Otorgar acceso a la numeración 0-800-5-XXX a los abonados preseleccionados a Telmex.
 - Suscribir las actas de habilitación referidas a la Interconexión Satelital.
12. El 26 de julio del año 2002, Telmex presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 052-2001-CCO/OSIPTEL, solicitando que:
- Se revoque la resolución en el extremo que declaró infundada la demanda por negativa injustificada a la Programación de la numeración 133 (literal i del primer punto controvertido), declarándose fundada.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

- Se revoque la resolución en el extremo que declaró parcialmente fundada la demanda por negativa injustificada al Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente (literal d) del primer punto controvertido), declarándose totalmente fundada.
 - Se incremente las sanciones impuestas a Telefónica por las siguientes infracciones: Llamadas sin ANI (literal a del primer punto controvertido), Acceso a 0-800-5 (literal c del primer punto controvertido), Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente (literal d del primer punto controvertido), y Transporte de Llamadas de teléfonos públicos de Telefónica → Red de telefonía fija de Telmex (literal j del primer punto controvertido); debiendo imponerse una multa mayor a 1,000 UIT en los dos primeros casos y de 350 UIT en los dos últimos.
13. También el 26 de julio del año 2002, Telefónica presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 052-2001-CCO/OSIPTEL, solicitando se revoque los extremos que fueron declarados fundados total o parcialmente:
- Fundada por Llamadas sin ANI (literal a del primer punto controvertido); y si se decidiera sancionar a Telefónica que el monto de la multa exceda de 100 UIT por infracción a las normas de competencia desleal.
 - Fundada por Desvío de Llamadas (literal b del primer punto controvertido).
 - Fundada por Acceso a 0-800-5 (literal c del primer punto controvertido).
 - Fundada parcialmente por Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente (literal d del primer punto controvertido), debiendo declararse totalmente infundada.
 - Fundada por Acceso a 108 y 109 (literal e del primer punto controvertido).
 - Fundada por Transporte de Llamadas de teléfonos públicos de Telefónica → Red de telefonía fija de Telmex (literal j del primer punto controvertido).
- Asimismo, Telefónica apeló de la orden emitida por el Cuerpo Colegiado para que suscribiera las actas de habilitación referidas a la Interconexión Satelital.
14. El 07 de agosto del año 2002, Telmex contestó el recurso de apelación de Telefónica. Telefónica no contestó el recurso de apelación de Telmex.
15. Mediante Resolución N° 055-2002-CCO/OSIPTEL, del 09 de agosto del año 2002, el Cuerpo Colegiado concedió los recursos de apelación interpuestos por Telmex y Telefónica contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL.
16. El 6 de diciembre del año 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima notificó a OSIPTEL copia de la Resolución N° 3, del 08 de noviembre del año 2002, mediante la cual admitió a trámite la demanda contencioso administrativa presentada por Telefónica contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, asumiendo que se había producido el silencio administrativo negativo ante la falta de designación de los miembros del Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL que conocieran y resolvieran la apelación presentada por dicha empresa dentro del procedimiento administrativo.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

En la demanda contencioso administrativa, Telefónica planteó que el Cuerpo Colegiado se había pronunciado en exceso de lo que fue requerido en la demanda de Telmex, ya que sólo había demandado por una estrategia anticompetitiva integral y no por diversas infracciones individuales habiendo incurrido el Cuerpo Colegiado en un pronunciamiento *extra petita*. Asimismo, Telefónica expuso los agravios que en su opinión le producía la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL así como las normas y principios legales que habían sido vulnerados por la misma; cuestionando en particular los siguientes extremos de dicha resolución:

- Llamadas sin ANI (literal a del primer punto controvertido): no se sustentó en la valoración de medios probatorios e hizo uso indebido de los sucedáneos de medios probatorios.
 - Desvío de Llamadas (literal b del primer punto controvertido): no aplicó el principio de razonabilidad a la calificación de la infracción cometida.
 - Acceso a 0-800-5 (literal c del primer punto controvertido): vulnera el derecho constitucional a la libertad a contratar al sancionar a Telefónica por negativa injustificada de trato.
 - Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente (literal d del primer punto controvertido): el Cuerpo Colegiado no valoró apropiadamente toda la prueba actuada y cometió un exceso al sancionar a Telefónica.
 - Acceso a 108 y 109 (literal e del primer punto controvertido): vulnera las reglas sobre interpretación jurídica y el principio de irretroactividad de las normas.
 - Transporte de Llamadas de teléfonos públicos de Telefónica → Red de telefonía fija de Telmex (literal j del primer punto controvertido): no se puede sancionar por una demora generada por las negociaciones entre ambas empresas para conceder el acceso requerido.
 - Orden de suscribir actas de habilitación referidas a la Interconexión Satelital: el Cuerpo Colegiado no se encuentra facultado para ordenarlo.
17. El 14 de enero del año 2003, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado elevó el expediente al Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL.
18. El Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL fue creado en julio del año 2000 a través de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. La designación de sus miembros se produjo recién el 24 de enero del año 2003, mediante Resolución Suprema N° 023-2003-PCM y el Tribunal se instaló formalmente el 18 de febrero del año 2003.
19. Mediante Resolución N° 023-2003-TSC/OSIPTEL, de fecha 15 de julio del año 2003, el Tribunal de Solución de Controversias otorgó el uso de la palabra a Telefónica y, de ser el caso, también a Telmex, fijándose como fecha para el informe oral el 24 de julio del mismo año. En la fecha indicada, se llevó a cabo el informe oral dispuesto, en el cual los representantes de las partes en controversia expusieron sus posiciones.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

20. El 22 de agosto del año 2003, la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima emitió la Resolución N° 16, mediante la cual declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa planteada por Telmex declarando nulo todo lo actuado y concluido el proceso contencioso administrativo iniciado por Telefónica contra OSIPTEL respecto de la Resolución N° 052-2002-CCO/SOIPTEL (en adelante el proceso contencioso administrativo).
21. Mediante Memorando N° 231-GL/2003 de fecha 22 de setiembre del año 2003, la Gerencia Legal de OSIPTEL remitió al Tribunal de Solución de Controversias copia de la referida Resolución N° 16.
22. El 22 de setiembre del año 2003, Telefónica interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 16 emitida por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima.
23. El 24 de setiembre del año 2003, Telmex presentó un escrito señalando que la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Lima había emitido la Resolución N° 16.
24. El 1 de octubre del año 2003, Telefónica presentó el escrito N° 3, mediante el cual solicitaba la suspensión del presente procedimiento administrativo, en vista que, de conformidad con el artículo 139° de la Constitución Política del Perú, el artículo 13° del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 108° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTEL, se requería un pronunciamiento previo del Poder Judicial sobre el recurso de apelación interpuesto por dicha empresa contra la Resolución N° 16 emitida por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo.
25. Mediante Resolución N° 25 del 20 de octubre del año 2003, la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima concedió el recurso de apelación interpuesto por Telefónica contra la Resolución N° 16.
26. El 29 de octubre del año 2003, mediante su escrito N° 4 dirigido al Tribunal de Solución de Controversias, Telefónica remitió copia de la Resolución N° 25 emitida por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, solicitando, en virtud de ésta, que se suspenda el procedimiento administrativo.
27. Mediante Resolución N° 037-2003-TSC/OSIPTEL del 21 de noviembre del año 2003, el Tribunal de Solución de Controversias, tomando en consideración, el pedido de Telefónica para que se suspenda el presente procedimiento, lo informado por la Gerencia Legal de OSIPTEL a través de su Memorando N° 231 del 22 de setiembre del año 2003, así como los argumentos sostenidos por ambas partes tanto en el informe oral llevado a cabo el 24 de julio del año 2003 como en los escritos remitidos por las mismas entre setiembre y octubre del año

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

2003, resolvió suspender el presente procedimiento administrativo hasta que se emita un pronunciamiento final, y éste quede firme, sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa planteada por Telmex dentro del proceso contencioso administrativo.

28. El 16 de julio del 2004, Telmex presentó el escrito N° 37, por medio del cual, solicitaba tener presente las declaraciones vertidas por el Dr. José Juan Haro Seijas, abogado de Telefónica, en el diario Perú 21, expresando que su representada (Telefónica) aún se encontraba esperando un pronunciamiento del Tribunal de Solución de Controversias que resuelva la presente controversia, lo cual, en opinión de Telmex, resultaba contradictorio toda vez que Telefónica había iniciado una acción contencioso respecto a la referida controversia al haber operado el silencio administrativo negativo.
29. El 22 de julio del año 2004, Telefónica presentó un escrito manifestando, en relación al escrito N° 37 de Telmex, que la supuesta contradicción imputada por dicha empresa no existía, puesto que, en efecto, el presente procedimiento administrativo aún no había concluido sino que se encontraba suspendido, de conformidad con la Resolución N° 037-2003-TSC/OSIPTEL del Tribunal de Solución de Controversias, hasta que el Poder Judicial emita pronunciamiento final, y éste quede firme, sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa planteada por Telmex dentro del proceso contencioso administrativo seguido por Telefónica respecto de la resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL.
30. Mediante Memorando N° 202-GL/2005 del 17 de noviembre del año 2005, la Gerencia Legal de OSIPTEL puso en conocimiento del Tribunal de Solución de Controversias que, con fecha 14 de noviembre del año 2005, le había sido notificada la Resolución S/N emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia con fecha 12 de octubre del mismo año, mediante la cual, decidió revocar la Resolución N° 16 que declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa planteada por Telmex y, reformándola, la declaró infundada.
31. El 2 de diciembre del año 2005, Telefónica presentó un escrito a través del cual solicitaba al Tribunal de Solución de Controversias declarar concluido el presente procedimiento administrativo por haber quedado agotada la vía administrativa, en vista que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia había declarado infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa presentada por Telmex en el proceso contencioso administrativo.
32. El 5 de enero del año 2006, Telmex presentó el escrito N° 42, mediante el cual se oponía a la solicitud de Telefónica y solicitaba al Tribunal de Solución de Controversias pronunciarse sobre su recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. Al respecto, señaló que, si bien la Corte Suprema de Justicia había determinado que OSIPTEL carece de competencia para pronunciarse sobre la apelación de Telefónica, no se ha pronunciado sobre la subsistencia o insubsistencia de la apelación formulada en vía administrativa

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

por Telmex y, en consecuencia, no le ha negado competencia a OSIPTEL para conocer dicha apelación.

33. Habiéndose levantado la suspensión del procedimiento, declarada mediante Resolución N° 037-2003-TSC/OSIPTEL, mediante Resolución N° 003-2006-TSC/OSIPTEL del 11 de enero del año 2006, el Tribunal consideró conveniente otorgar el uso de la palabra a ambas partes para que expongan sus posiciones ante el Tribunal de Solución de Controversias. El 16 de enero del año 2006, Telefónica presentó un escrito solicitando la reprogramación del informe oral.
34. El 17 de enero del año 2006, Telefónica presentó una comunicación mediante la cual contestaba el escrito N° 42 de Telmex, señalando que, al haberse vencido el plazo para que Telmex pudiera impugnar a través de la acción contencioso administrativa la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, dicha empresa no tendría ya derecho a promover la referida acción, habiendo consentido, mediante su no interposición, la referida resolución administrativa.
35. Mediante Resolución N° 004-2006-TSC/OSIPTEL del 25 de enero del año 2006, el Tribunal de Solución de Controversias, en consideración al pedido de reprogramación de Telefónica, resolvió fijar nueva fecha para la realización del informe oral dispuesto a través de su Resolución N° 003-2006-TSC/OSIPTEL.
36. El 1 de febrero del año 2006, se llevó a cabo el informe oral dispuesto, en el que las partes reiteraron sus argumentos. Adicionalmente, Telmex solicitó al Tribunal que mantuviera la suspensión del procedimiento administrativo hasta que el Poder Judicial resuelva de manera definitiva el pedido de nulidad planteado por Telefónica contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, en el proceso contencioso administrativo iniciado por dicha empresa.
37. El 22 de febrero del año 2006, Telmex precisó algunos extremos de la posición expuesta por dicha empresa durante el informe oral, en atención a la solicitud hecha por uno de los miembros del Tribunal de Solución de Controversias durante dicha diligencia. Al respecto, Telmex señaló lo siguiente: (i) Si bien Telefónica había hecho valer el silencio administrativo negativo, ello no afectaba su derecho a seguir esperando un pronunciamiento del Tribunal de Solución de Controversias; (ii) la ejecutoria suprema que declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa sólo resolvió si Telefónica había ejercido válidamente el silencio administrativo negativo respecto de su apelación, dejando intacta la competencia del Tribunal de Solución de Controversias para pronunciarse sobre la apelación de Telmex; (iii) no existe un riesgo de que el Poder Judicial, en el proceso contencioso administrativo, emita un pronunciamiento incompatible con lo que el Tribunal de Solución de Controversias pudiera resolver respecto a la apelación de Telmex, toda vez que, ante una eventual demanda contencioso administrativa de Telmex sobre lo resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias, el Poder Judicial deberá proceder, de oficio, a una acumulación de procesos, de acuerdo al artículo 90 del Código Procesal Civil.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

Asimismo, mediante el referido escrito, Telmex solicitó al Tribunal de Solución de Controversias que, en aplicación del artículo 188.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se pronuncie sobre su recurso de apelación, teniendo en consideración que aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto “[el asunto de TELMEX no el de TdP]” ha sido sometido a conocimiento de la autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos. Asimismo, Telmex también afirma que solicitaría a la Sala Contencioso Administrativa que suspenda el trámite del proceso contencioso administrativo hasta que venza el plazo de caducidad que tendrá Telmex para plantear un proceso contencioso administrativo contra la futura resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias.

38. El 7 de marzo del año 2006, Telefónica presentó un escrito en respuesta al escrito N° 43 de Telmex, señalando que: (i) de conformidad con el artículo 218.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la vía administrativa había quedado agotada por que se había producido el silencio administrativo negativo y que, asimismo, el plazo con el que contaba Telmex para interponer la acción contencioso administrativa contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL ya había vencido; (ii) de acuerdo al artículo 139 de la Constitución Política del Perú, ninguna autoridad puede pronunciarse sobre aquellos temas que estén siendo conocidos por la autoridad jurisdiccional, no pudiendo, en tal sentido, el Tribunal de Solución de Controversias pronunciarse sobre la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, puesto que la misma viene siendo discutida judicialmente en razón de la demanda de nulidad interpuesta por Telefónica contra dicha resolución; (iii) el acogimiento de Telefónica al silencio administrativo negativo y la consecuente interposición de su demanda contencioso administrativa significa haber cancelado la vía administrativa y que únicamente el Poder Judicial ha asumido jurisdicción sobre este tema; (iv) en el procedimiento administrativo trilateral, si bien hay dos administrados, existe unidad de objeto en el procedimiento, siendo esta unidad la que ha sido materia de pronunciamiento por parte del Cuerpo Colegiado y que ahora ha sido sometido a la jurisdicción del Poder Judicial vía la acción contencioso administrativa; y, (v) el Poder Judicial ha confirmado que la vía administrativa quedó agotada, por lo que corresponde al Tribunal de Solución de Controversias declarar concluido el presente procedimiento administrativo.
39. El 7 de abril del año 2006, Telmex presentó el escrito N° 44, mediante el cual informaba que había solicitado al Poder Judicial *“la suspensión del proceso contencioso - administrativo con la finalidad de evitar una posible contradicción de fallos”* hasta que el Tribunal de Solución de Controversias emita un pronunciamiento final sobre su apelación contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. En virtud de ello, Telmex solicitó *“(…) rechazar el pedido de conclusión total del procedimiento formulado por TdP, pronunciándose oportunamente sobre nuestra apelación”*. Señaló además que la suspensión de la tramitación de este procedimiento es la única alternativa viable y remedio de

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

última ratio sólo para el caso en que el Poder Judicial se niegue a suspender el proceso contencioso-administrativo a su cargo.

40. El 20 de abril del año 2006, Telefónica presentó un escrito a través del cual comentaba el escrito N° 44 de Telmex, señalando que el pedido formulado por dicha empresa para que se suspenda el proceso contencioso administrativo no podía ser amparado, puesto que ello implicaría continuar con la vía administrativa, la misma que, de acuerdo al Poder Judicial, ya había sido agotada, no siendo posible, en tal sentido, la partición del proceso en función de los recursos administrativos interpuestos por ambas partes.
41. El 28 de abril del año 2006, mediante su escrito N° 45, Telmex reiteró su pedido a fin de que el Tribunal de Solución de Controversias emita pronunciamiento sobre su recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL.
42. El 28 de abril del año 2006, Telefónica presentó un escrito manifestando que la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había emitido la Resolución N° 29, por la que declaraba saneado el proceso contencioso administrativo iniciado por Telefónica y fijaba como punto controvertido de la causa determinar si se configura la nulidad de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. En tal sentido, expresó Telefónica, que al haber el referido órgano de la judicatura declarado su competencia para analizar en todos sus extremos la Resolución mencionada, quedaría confirmada la imposibilidad de cuestionar la misma en sede administrativa al haber quedado agotada esta vía, por lo que sólo corresponde al Tribunal de Solución de Controversias declarar concluido el procedimiento administrativo.
43. El 9 de mayo del año 2006, Telefónica presentó un escrito comentando el escrito N° 45 y reiterando su posición respecto a la conclusión del procedimiento administrativo.
44. Mediante su Memorando N° 131-GL/2006 del 7 de junio del año 2006, la Gerencia Legal de OSIPTEL remitió al Tribunal de Solución de Controversias copia de la Resolución N° 29 emitida por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, por la que declaró saneado el proceso contencioso administrativo, declaró improcedente la tacha formulada por Telefónica y ordenó el juzgamiento anticipado previa vista fiscal.
45. Mediante Memorando N° 210-GL/2006, de fecha 2 de octubre del año 2006, la Gerencia Legal de OSIPTEL remitió a este Tribunal copia de la Resolución N° 33 emitida por la Primera Sala Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 31 de julio del año 2006, mediante la cual, declaró infundado lo solicitado por Telmex respecto a la suspensión del proceso contencioso administrativo iniciado por Telefónica ante dicho órgano de la judicatura. Asimismo, acompañó al referido escrito copias de la solicitud de suspensión planteada por Telmex y del escrito presentado por Telefónica absolviendo el traslado de dicha solicitud.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

46. El 3 de octubre al año 2006, Telefónica presentó un escrito por medio del cual manifestaba que la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había expedido la Resolución N° 33, declarando infundado el pedido de suspensión del proceso contencioso administrativo formulado por Telmex, y afirmaba que la Corte Suprema de Justicia, al analizar la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa planteada por Telmex *“ya ha resuelto lo referido al silencio administrativo, así como el agotamiento de la vía administrativa”*. En tal sentido, expresó Telefónica, dicha resolución confirma su posición respecto a que es el Poder Judicial la instancia competente para analizar en todos sus extremos la Resolución que Telmex pretende cuestionar en sede administrativa.
47. El 6 de octubre del año 2006, mediante escrito N° 46, Telmex reiteró su solicitud al Tribunal a fin que emita un pronunciamiento sobre su recurso de apelación, toda vez que la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima había expedido la Resolución N° 33, de cuyo texto se infería que, sin perjuicio que el proceso contencioso administrativo iniciado por Telefónica continúe, se mantenía la obligación por parte del Tribunal de Solución de Controversias de pronunciarse respecto a lo que las partes soliciten en sede administrativa.
48. El 16 de octubre del año 2006, Telefónica presentó un escrito a través del cual se oponía a lo expresado por Telmex en su escrito N° 46, manifestando que lo pretendido por Telmex implicaría que sobre una misma cuestión litigiosa existan dos controversias al mismo tiempo, con la latente posibilidad de la emisión de fallos contradictorios, lo cual vulneraría el principio de unidad procedimental, con arreglo al cual, el objeto del procedimiento iniciado es único y su tramitación o resolución debe darse conjuntamente. Asimismo, manifestó que el Poder Judicial, al resolver sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y sobre el pedido de suspensión del proceso contencioso administrativo planteados por Telmex, había determinado su competencia para conocer sobre la nulidad de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL.
49. El 17 de noviembre del año 2006, Telefónica presentó un escrito solicitando se declare la conclusión del procedimiento administrativo en consideración a que ha transcurrido un plazo prudencial para que el Tribunal de Solución de Controversias se pronuncie sobre su solicitud.
50. Mediante Memorando N° 263-GL/2006, de fecha 24 de noviembre del año 2006, la Gerencia Legal de OSIPTEL remitió a este Tribunal copia de la Resolución N° 32 emitida por la Primera Sala Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 24 de julio del año 2006, mediante la cual, dispuso que, respecto a la solicitud de Telefónica para que se ordene que el OSIPTEL se abstenga de resolver cualquier aspecto referido al presente procedimiento administrativo², ésta sea pedida con arreglo a

² Dicha solicitud fue formulada por Telefónica en su escrito de fecha 19 de junio del año 2006, por el cual,

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

ley y teniendo en consideración lo prescrito en los artículos 35 y 36 de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

II. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS³

Competencia del Tribunal para pronunciarse sobre los recursos de apelación presentados contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL.

51. Como se ha señalado en los antecedentes, el 26 de julio del año 2002 Telmex y Telefónica presentaron recursos de apelación contra distintos extremos de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. Vencido el plazo para que la segunda instancia administrativa se pronunciara sobre dichas apelaciones, Telefónica inició una acción contencioso administrativa contra la mencionada resolución, asumiendo que se había producido el silencio administrativo negativo (en adelante SAN); teniendo en cuenta la falta de designación de los miembros del Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL que conocieran y resolvieran la apelación presentada por dicha empresa.
52. El 9 de diciembre del año 2002, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima comunicó a OSIPTEL que había admitido a trámite la demanda contencioso administrativa presentada por Telefónica contra algunos extremos de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. Con posterioridad a ello, el Gobierno, mediante Resolución Suprema N° 023-2003-PCM, designó a los miembros del Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL; quienes al asumir competencia y, luego, de escuchar a ambas partes en informe oral del 24 de julio del año 2003 y tomar conocimiento que una de las partes había planteado excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, procedieron a suspender la tramitación del mismo a través de Resolución N° 037-2003-TSC/OSIPTEL.

dicha empresa absolvió el traslado del pedido de suspensión del proceso contencioso administrativo presentado por Telmex con fecha 4 de abril del año 2006.

³ De acuerdo a la Primera Disposición Transitoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General, le será de aplicación al presente procedimiento administrativo lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, al haberse iniciado su trámite antes de la entrada en vigencia de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. No obstante ello, le serán aplicables a este procedimiento las disposiciones que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración.

Ley del Procedimiento Administrativo General

"DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Regulación transitoria

1. Los procedimientos administrativos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por la normativa anterior hasta su conclusión.
2. No obstante, son aplicables a los procedimientos en trámite, las disposiciones de la presente Ley que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración, así como su Título Preliminar.
3. Los procedimientos especiales iniciados durante el plazo de adecuación contemplado en la tercera disposición transitoria se regirán por lo dispuesto en la normativa anterior que les sea de aplicación, hasta la aprobación de la modificación correspondiente, en cuyo caso los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, se regulan por la citada normativa de adecuación".

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

53. Con fecha 17 de noviembre del año 2005 se notifica a este Tribunal la Resolución S/N de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema mediante la cual emitió decisión firme sobre la mencionada excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa. Como consecuencia de ello, el 1 de febrero del año 2006 se llevó a cabo un nuevo informe oral en el que ambas partes expusieron sus posiciones. En abril del presente año se fijaron en vía judicial los puntos controvertidos del proceso contencioso-administrativo. Pocos días después, Telmex informó al Tribunal que había solicitado la suspensión del proceso en sede judicial, la misma que fue resuelta mediante Resolución N° 33 de la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, notificada a este Tribunal en octubre de este año.
54. El 19 de junio de presente año, Telefónica solicitó al Poder Judicial que se ordene al Tribunal de Solución de Controversias se abstenga de seguir conociendo el presente procedimiento. Dicho pedido fue denegado por el Poder Judicial y notificado al Tribunal el 24 de noviembre del año 2006.
55. Considerando tales hechos, corresponde definir si el Tribunal de Solución de Controversias mantiene, en la actualidad, competencia para pronunciarse sobre los recursos de apelación presentados por las partes.
56. Al respecto, de acuerdo a la Ley del Procedimiento Administrativo⁴, la autoridad administrativa debe dar respuesta a las solicitudes de los administrados que cumplen los requisitos establecidos por el ordenamiento legal. La demora en el cumplimiento de este deber puede generar un perjuicio para el ciudadano derivado de la ausencia de un pronunciamiento firme de la autoridad competente. Un remedio frente a la inactividad de la Administración es el SAN.
57. El SAN es una institución jurídica según la cual transcurrido el plazo previsto sin que la autoridad competente se pronuncie sobre lo solicitado, el administrado puede considerar denegado su pedido y recurrir ante la instancia superior para obtener una respuesta⁵. El SAN no constituye un acto administrativo, puesto que no implica una decisión negativa de la autoridad sobre el fondo del pedido o de la cuestión discutida. Únicamente es una vía para que el administrado pueda recurrir a la instancia superior y así recibir una respuesta motivada. En tal sentido, el SAN constituye una ficción legal establecida para efectos procesales en beneficio del administrado⁶.

⁴ Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)

6. Resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas, salvo en aquellos procedimientos de aprobación automática".

⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. (Lima, Gaceta Jurídica, 2001), págs. 395-396.

⁶ DANOS ORDONEZ, Jorge. "El Silencio Administrativo como Técnica de Garantía del Particular frente a la Inactividad de la Administración", en: *Ius et Veritas*, 1996, N° 13, pag. 227.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

58. El marco legal contempla el SAN y establece a favor del administrado una doble opción frente a la inactividad de la Administración. Así, vencido el plazo respectivo sin que la Administración haya emitido pronunciamiento sobre el pedido del administrado, éste puede esperar el pronunciamiento expreso de la Administración o, sino, considerar denegado su pedido y acudir a la instancia superior para obtener una respuesta motivada en Derecho⁷.

En el caso de un recurso de apelación, al vencerse el plazo sin un pronunciamiento de la instancia administrativa superior, el recurrente puede entender denegada su apelación e interponer la demanda judicial correspondiente o, sino, esperar el pronunciamiento expreso de la Administración⁸. En este caso, el SAN agota la vía administrativa y faculta al interesado a acudir al Poder Judicial⁹.

59. El SAN constituye un beneficio en favor del administrado para enfrentar la inactividad de la Administración¹⁰, no un privilegio para eximir a esta última del

⁷ Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos

Artículo 87.- *“Transcurridos los treinta (30) días a que se refiere el Artículo 51° de la presente Ley sin que se hubiera expedido resolución, el interesado podrá considerar denegada su petición o reclamo o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración Pública. En ambos casos el interesado podrá reclamar en queja para denunciar dicha demora, la cual se tramitará conforme a lo dispuesto en los Artículos 105° al 108° de esta Ley”.*

⁸ Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos

Artículo 99.- *“El Recurso de Apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió la resolución para que eleve lo actuado al superior jerárquico. El término para la interposición de este recurso es de quince (15) días y será resuelto en un plazo máximo de treinta (30) días, transcurridos los cuales, sin que medie resolución, el interesado podrá considerar denegado su recurso a efectos de interponer la demanda judicial correspondiente, o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración Pública”.*

⁹ Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (modificada por la Ley 26810)

Artículo 8.- *“Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo podrán ser impugnadas ante el Poder Judicial mediante acción contencioso-administrativa a que se refiere el Artículo 148° de la Constitución Política del Estado. Para tal efecto, se pone fin al procedimiento administrativo: (...); b) Con la resolución expedida o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne la resolución de un órgano sometido a subordinación jerárquica; (...).”*

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable al presente procedimiento en virtud de la primera disposición transitoria de esta Ley

Artículo 218.- *“Agotamiento de la vía administrativa. 218.1. Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148° de la Constitución Política del Estado. 218.2. Son actos que agotan la vía administrativa: (...); b) El acto expedido o el silencio administrativo con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad o órgano sometido a subordinación jerárquica; (...).”*

¹⁰ Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que: “El silencio administrativo constituye un privilegio del administrado ante la Administración, para protegerlo ante la eventual mora de ésta en la resolución de su petición”. Sentencia del Tribunal Constitucional emitida con fecha 6 de agosto del año 2002, correspondiente al Expediente N° 1003-98-AA/TC, que resuelve el recurso extraordinario interpuesto por don Jorge Miguel Alarcón Menéndez contra la sentencia de la Sala Corporativa

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

deber de pronunciarse¹¹. Ello se debe a que el principio del debido procedimiento administrativo otorga al administrado el derecho de obtener una decisión motivada en Derecho¹². Consecuentemente, mientras el propio administrado no renuncie a tal derecho, invocando el SAN, la Administración se encuentra obligada a pronunciarse pese a que se haya vencido el plazo previsto para que lo haga¹³.

Si el administrado impugna oportunamente una decisión administrativa y queda a la espera del pronunciamiento expreso del superior jerárquico, esta instancia se encuentra obligada a resolver, puesto que la decisión de la instancia inferior no ha quedado consentida por el interesado. Si la autoridad administrativa se eximiera de resolver por el transcurso del plazo, vulneraría el derecho al debido procedimiento.

Así, el Tribunal Constitucional ha sostenido¹⁴, en un caso que resuelve un recurso extraordinario interpuesto por Mario Aguirre Morales contra la Segunda Sala Mixta en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que deniega la acción de amparo, revoca la decisión judicial y la declara fundada así como ordena que el Poder Judicial proceda a resolver el recurso administrativo que el demandante presentó, bajo responsabilidad. Así puntualmente, en dicha sentencia sobre el SAN el Tribunal Constitucional sostiene:

“(…)El propósito del silencio administrativo negativo –a diferencia del silencio positivo que sí genera un acto presunto de la Administración–, es combatir la demora de la Administración en cumplir su deber de resolver, por lo que, no se trata, per se, de un acto desestimatorio, sino de uno cuya pretensión es que, una vez operado, el administrado tenga expedito su derecho para acudir a la vía judicial. (Véase AV. Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos. Ara Editores. Pág. 71 a 73). Por ello, si bien al optarse por la vía judicial, en principio la Administración se encontraría exenta de resolver lo planteado por el recurrente, también es cierto que lo solicitado a través del amparo exige que la Administración notifique su respuesta, derecho que le corresponde de acuerdo

Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la acción de amparo planteada por el demandante.

¹¹ “Para la doctrina moderna el silencio negativo está montado en beneficio del administrado y nunca contra éste, como una facultad cuya correspondiéndole la opción de impugnar el silencio o esperar resolución expresa”. OCHOA CARDICH, César. “El Silencio Administrativo y su Evolución Legislativa”. En: Revista ADVOCATUS – Segunda Entrega. Universidad de Lima. Lima, junio de 2000. Pág. 74.

¹² Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable a este procedimiento según lo dispuesto por su primera disposición transitoria

Artículo IV.- “Principios del procedimiento administrativo. (...). 1.2. Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

¹³ “De acuerdo a esta posición que es la que predomina en la doctrina moderna la Administración no sólo puede sino que debe emitir resolución expresa aún cuando ya hubieran vencido los plazos y se generase el silencio administrativo”. OCHOA CARDICH, César. “El Silencio Administrativo y su Evolución Legislativa”. En: Revista ADVOCATUS – Segunda Entrega. Universidad de Lima. Lima, junio de 2000. Pág. 74.

¹⁴ Sentencia emitida el 05 de enero del 2004 dentro del Expediente N° 3246-2003AA/TC

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

al numeral 20) del artículo 2° de la Constitución, motivo por el cual resulta fundada la presente acción.”

60. El ordenamiento legal prevé que el SAN pone fin al procedimiento administrativo únicamente cuando el Poder Judicial comunica a la instancia de apelación que el asunto ha sido sometido a su conocimiento por el interesado. En tanto esto no ocurra, la autoridad administrativa mantiene el deber de pronunciarse, bajo responsabilidad¹⁵.
61. En opinión del Tribunal de Solución de Controversias, permitir que el administrado acuda a la instancia superior asumiendo el SAN y disponer que la instancia administrativa mantenga el deber de resolver, bajo responsabilidad, hasta que no se le informe que la autoridad jurisdiccional ya conoce el tema, tiene por finalidad asegurar que el administrado no vea afectado su derecho a obtener un pronunciamiento sobre una cuestión litigiosa, por la inacción de la Administración.
62. De otro lado, la Constitución Política establece que ninguna autoridad administrativa puede avocarse al conocimiento de una causa que esté siendo conocida por el Poder Judicial¹⁶. Asimismo, el marco legal aplicable dispone que la autoridad administrativa debe abstenerse de seguir conociendo un procedimiento cuando se suscite una cuestión litigiosa entre dos particulares sobre determinadas relaciones de derecho privado que requiera ser esclarecida previamente por el Poder Judicial, hasta que éste declare el derecho que defina el litigio¹⁷.

¹⁵ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable a este procedimiento según lo dispuesto por la primera disposición transitoria de esta Ley

Artículo 186.- *“Fin del procedimiento. 186.1. Podrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el inciso 4) del artículo 188° (...).”*

Artículo 188.- *“Efectos del silencio administrativo. (...). 188.4. Aún cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos”.*

¹⁶ Constitución Política del Perú

Artículo 139.- *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”.*

¹⁷ Decreto Supremo N° 02-94-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos

Artículo 11.- *“El órgano administrativo se abstendrá de seguir conociendo un proceso y lo remitirá al Poder Judicial, conforme a lo dispuesto en el Artículo 13° de la Ley Orgánica de ese Poder, cuando se suscite una cuestión litigiosa entre dos particulares sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente antes del pronunciamiento administrativo. (...)”.*

Decreto Supremo N° 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Artículo 13.- *“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. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, éste se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de competencia, en cada caso”.*

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

63. La prohibición de avocarse a causas pendientes ante el Poder Judicial implica que basta que le haya sido comunicada a la sede administrativa que el trámite del mismo asunto que conoce haya sido iniciado ante el Poder Judicial para que ningún órgano del Estado pueda intervenir en dicho asunto. Estas normas buscan preservar la independencia de la autoridad jurisdiccional y mantener coherencia y unidad en las decisiones que se emitan, evitando juicios contradictorios que pudieran afectar la seguridad del sistema jurídico¹⁸.
64. El Tribunal de Solución de Controversias considera que el cumplimiento de los objetivos que buscan las normas antes citadas podrían verse en riesgo si las cuestiones discutidas en sede judicial y en sede administrativa son idénticas o, en todo caso, se encuentran directamente vinculadas; de tal forma que lo que decida el Poder Judicial defina la cuestión debatida en el procedimiento administrativo o la afecte o modifique de manera determinante.
65. Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a continuación a analizar si las cuestiones que han sido materia de apelación en sede administrativa por parte de Telefónica y Telmex son idénticas o están directamente vinculadas a las cuestiones discutidas en sede judicial, a raíz de la interposición de la demanda contencioso-administrativa por parte de Telefónica.
66. Como se ha señalado en los antecedentes, en el presente caso, tanto Telmex como Telefónica presentaron recursos de apelación contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. En el siguiente cuadro se muestran los extremos de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL apelados por cada parte, así como aquellos que a la fecha se encuentran en conocimiento del Poder Judicial:

INFRACCIONES DENUNCIADAS	RESOLUCIÓN Cuerpo Colegiado	APELACIÓN Telmex	APELACIÓN TELEFÓNICA	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Llamadas sin ANI	Fundada – Multa 400 UIT	Incrementar multa	Revocar o Reducir multa	Revocar o Reducir multa
Desvío de Llamadas	Fundada - Amonestación	No apelado	Revocar	Revocar
Acceso a 0-800-5	Fundada – Multa 125 UIT	Incrementar multa	Revocar	Revocar
Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente	Fundada parcialmente – Multa 151 UIT	Totalmente fundada - Incrementar multa	Totalmente infundada	Totalmente infundada
Acceso a 108 y 109	Fundada – Multa 270 UIT	No apelado	Revocar	Revocar
Discriminación de precios por el uso de líneas PRI	Infundada	No apelado	No apelado	No recurrido
Interconexión Satelital	Infundada - Suscribir actas	No apelado	No orden de suscribir actas	No orden de suscribir actas
Facturación y Cobranza	Improcedente	No apelado	No apelado	No recurrido
Programación de la numeración 133	Infundada	Fundada	No apelado	No recurrido
Transporte de Llamadas de teléfonos públicos de Telefónica → Red de telefonía fija de	Fundada – Multa 151 UIT	Incrementar multa	Revocar	Revocar

¹⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. (Fondo Editorial de la PUCP, 1999) vol. 5, págs. 39-40. MORÓN URBINA, Op. Cit., págs. 201-202.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

Telmex				
Estrategia Anticompetitiva Integral	Infundada	No apelado	No apelado	No recurrida

Fuente: Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, recursos de apelación de Telefónica y Teleandina y demanda contencioso-administrativa de Telefónica.

Elaboración: Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias

67. Telefónica apeló la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL y, posteriormente, inició una acción contencioso administrativa entendiendo que había operado el SAN, al transcurrir el plazo para que se emitiera un pronunciamiento sobre su apelación sin que se produjera la designación de los miembros del Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL.
68. El 06 de diciembre del año 2002, el Poder Judicial notificó a OSIPTEL la demanda contencioso administrativa presentada por Telefónica. Los miembros del Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL fueron designados el 24 de enero del año 2003 e iniciaron funciones el 18 de febrero de ese año. Es decir, el Poder Judicial comunicó a OSIPTEL que la materia objeto de la apelación de Telefónica había sido sometida a su conocimiento antes que este Tribunal asumiera competencia sobre dicha apelación.
69. Luego de ello, se produjeron los actos procesales que detallamos a continuación. Ante la demanda judicial de Telefónica, Telmex planteó una excepción de agotamiento a la vía administrativa. Eso implicaba que se estaba discutiendo en sede judicial la posibilidad de que todos los extremos de las apelaciones de Telefónica y Telmex debían ser materia de pronunciamiento por parte del Tribunal de Solución de Controversias.
- Teniendo en cuenta ello, mediante Resolución N° 037-2003-TSC/OSIPTEL, este Tribunal decidió suspender el procedimiento administrativo hasta que el Poder Judicial emita un pronunciamiento final, y éste quede firme, sobre la excepción de agotamiento de la vía administrativa previa planteada por Telmex. Y en efecto, en primera instancia judicial, se declaró fundada dicha excepción y, en segunda instancia, se revocó dicha decisión. En ese pronunciamiento lo único que determinó el Poder Judicial fue que Telefónica había ejercido correctamente el SAN; sin embargo, no se menoscababa en forma alguna el derecho de Telmex de esperar la resolución administrativa de su apelación, lo cual ha sido corroborado mediante Resolución N° 32 por la referida Sala.
70. Según las normas precitadas y los hechos ocurridos, la vía administrativa quedó agotada respecto del recurso de apelación de Telefónica y el Poder Judicial asumió competencia para pronunciarse sobre los extremos de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL que fueron cuestionados por dicha empresa. Ello en respeto al principio de independencia del Poder Judicial y de la supremacía que tiene sobre la sede administrativa.
71. En tal virtud, el Tribunal de Solución de Controversias considera que ha perdido competencia para pronunciarse sobre la impugnación de Telefónica, por haber

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

operado el SAN respecto de los extremos del recurso de apelación presentado por Telefónica contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL¹⁹.

72. Sin perjuicio de ello, corresponde tener presente que Telmex también presentó recurso de apelación contra varios extremos de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, aunque a diferencia de Telefónica no asumió la existencia del SAN y optó por esperar el pronunciamiento expreso del Tribunal de Solución de Controversias²⁰. Telmex apeló oportunamente la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL y se ha mantenido en espera del pronunciamiento de este Tribunal. En consecuencia, dicha resolución no se encuentra consentida por Telmex; y, en principio, el Tribunal estaría en el deber de pronunciarse sobre dicha apelación²¹; en tanto la autoridad jurisdiccional no le comunique que los extremos del recurso de apelación de Telmex han sido sometidos a su conocimiento²².

De negarse la referida obligación a emitir pronunciamiento, se podría vulnerar el derecho al debido procedimiento de Telmex, al negarle la posibilidad de obtener una decisión administrativa sobre el asunto que sometió a conocimiento del Tribunal de Solución de Controversias, decisión que además deberá estar motivada en derecho.

73. En efecto, tal como lo establece el numeral 6 del artículo 75 de la Ley del Procedimiento Administrativo²³, es un deber de la autoridad administrativa

¹⁹ Código Procesal Civil

Artículo 321.- *“Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando: 1. Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional; (...)”.*

²⁰ *“La persona afectada por el silencio de la administración puede optar: por esperar a que la administración resuelva en cualquier momento su petición, o puede igualmente, después de configurado el silencio, interponer los recursos de ley contra el presunto acto administrativo emanado del silencio de la administración, o acudir si lo desea directamente a la jurisdicción contenciosa administrativa (...)”.* SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo; Introducción a los Conceptos de la Administración Pública y el Derecho Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1996. Tomo II.

²¹ *“De acuerdo a esta posición que es la que predomina en la doctrina moderna la Administración no sólo puede sino que debe emitir resolución expresa aún cuando ya hubieran vencido los plazos y se generase el silencio administrativo”.* OCHOA CARDICH, César. “El Silencio Administrativo y su Evolución Legislativa”. En: Revista ADVOCATUS – Segunda Entrega. Universidad de Lima. Lima, junio de 2000. Pág. 78.

²² **Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 188.- Efectos del silencio administrativo

(...)”

188.4 Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos”.

²³ Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)”

6. Resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas, salvo en aquellos procedimientos de aprobación automática.

(...)”.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

resolver explícitamente los asuntos sometidos a su conocimiento. Este deber tiene como correlato el derecho de petición que tiene todo ciudadano. El ciudadano que solicita o recurre ante una autoridad es titular de un interés legítimo y de un derecho subjetivo a la resolución de su causa. El respeto de dicho interés se encuentra consagrado como integrante del derecho a la tutela jurídica efectiva²⁴. En consecuencia, de omitir un pronunciamiento sobre el recurso impugnatorio de Telmex, se podría afectar el derecho a la tutela jurídica efectiva de esta empresa. Sin perjuicio de lo mencionado, esta obligación de la Administración Pública tiene límites relacionados con la colisión que se puede presentar entre el ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales.

74. Sobre ello, cabe referirse a los dispositivos que le otorgan a este Tribunal la labor de solución de controversias. Así, la Ley Marco de Organismos Reguladores precisa las funciones que corresponde ejercer a las entidades que se encuentran bajo su ámbito de competencia (OSIPTEL, OSINERG, SUNNAS, OSITRAN), listando expresamente las siguientes funciones: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de los usuarios. La función de solución de controversias entre empresas le ha sido encomendada al Tribunal de Solución de Controversias²⁵.

Dicha función consiste en la resolución de conflictos y controversias que surjan entre las empresas operadoras y entre cualquiera de éstas y el usuario²⁶. En el caso particular de OSIPTEL, se dispone que será el Tribunal de Solución de Controversias el competente para resolver las apelaciones de las controversias resueltas por los Cuerpos Colegiado. Por ello, este Tribunal se encuentra obligado a cumplir la función que le ha sido asignada.

75. En consideración a ello, el Tribunal de Solución de Controversias mantendría su competencia aún de haber operado el SAN. No obstante debe tenerse en cuenta que en un procedimiento como el que es materia de análisis cuenta con las características especiales de los procedimientos administrativos trilaterales.
76. Los procedimientos administrativos trilaterales son procedimientos en los que la Administración aparece decidiendo un conflicto planteado entre dos o más particulares. La Ley del Procedimiento Administrativo General regula de manera específica este tipo de procedimientos administrativos. Sin embargo, no ha hecho mención alguna al caso de aplicación del SAN en procedimientos trilaterales. Y

²⁴ MORON URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. Página 304.

²⁵ Ley Marco de Organismos Reguladores

“Artículo 9.- Del Tribunal de Solución de Controversias

9.1 Los Organismos Reguladores contarán con un Tribunal Solución de Controversias como última instancia administrativa. (...)”.

²⁶ Reglamento de OSIPTEL

“Artículo 49°.- Definición de Función de Solución de Controversias.

La función de solución de controversias autoriza a los órganos funcionales competentes de OSIPTEL a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

menos aún cuando existe más de una pretensión en discusión resueltas en más de un acto administrativo.

77. La controversia que es materia de análisis constituye un caso especial pues se trata de un supuesto de procedimiento administrativo trilateral que además involucra la discusión de varias pretensiones que fueron resueltas en una sola resolución que contiene varios actos administrativos.
78. Al existir más de un acto administrativo contenido en una misma resolución y al existir inacción por parte de la Administración, tanto derecho tiene una parte, de que los actos que le perjudican sean resueltos por la instancia judicial, como el que tiene la otra parte, a esperar de que aquellos que a su vez le perjudican sean resueltos en sede administrativa.
79. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el Poder Judicial ha asumido competencia para pronunciarse sobre los extremos de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL apelados por Telefónica. Por ello, es preciso que se analice si el recurso de apelación de Telmex involucra o está referido a extremos de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL que actualmente se encuentran en conocimiento del Poder Judicial. De esta forma, el análisis que a continuación realizará el Tribunal buscará preservar y respetar la supremacía del Poder Judicial sobre la sede administrativa.
80. Al respecto, Telmex ha solicitado en su apelación que el Tribunal revoque la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL en los extremos: (i) que declaró infundada la demanda por la Programación de la numeración 133 y (ii) que declaró parcialmente fundada la demanda por Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente, declarándola fundada en el primer caso y totalmente fundada en el segundo. Asimismo, Telmex ha solicitado se incrementen las multas impuestas respecto de cuatro de los extremos de la demanda que fueron declarados fundados.
81. Del análisis de la demanda contencioso administrativa de Telefónica, se desprende que el caso ante el Poder Judicial se encuentra directamente relacionado con el incremento de multas solicitado por Telmex en su apelación. En ese sentido, el Poder Judicial definiría si el Cuerpo Colegiado, en algunos extremos de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, cumplió con lo dispuesto por el ordenamiento legal al determinar que se produjeron las infracciones que dieron lugar a la imposición de las multas.
82. El extremo de la apelación en que Telmex solicita se declare totalmente fundada la demanda por Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente, también se encuentra relacionado con la acción contencioso administrativa iniciada por Telefónica. Esta empresa ha planteado en sede judicial que dicho extremo de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL debe ser declarado infundado totalmente, por lo que el Poder Judicial tendrá que analizar y, eventualmente, pronunciarse sobre la infracción en su integridad.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

83. Tomando en cuenta lo anterior, el Tribunal de Solución de Controversias considera que ha perdido competencia para pronunciarse sobre el recurso de apelación de Telmex en los extremos en que solicita se incremente las multas impuestas por el Cuerpo Colegiado y se declare totalmente fundada la demanda por Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente. En consecuencia, al haber operado el SAN corresponde declarar que el Tribunal de Solución de Controversias no tiene competencia respecto de tales extremos del recurso de apelación de Telmex.
84. El único aspecto de la apelación de Telmex que no es el mismo ni se encuentra relacionado, directa o indirectamente, con las materias involucradas en el proceso contencioso administrativo iniciado por Telefónica, es el referido a que se declare fundada la demanda por la negativa de programación de la numeración 133. Este punto no está comprendido en la demanda contencioso administrativa de Telefónica y, por su parte, el Poder Judicial no ha notificado a este Tribunal que se encuentre conociendo dicha materia.
85. Es más, no tendría sentido que dicho extremo haya sido cuestionado en sede judicial por Telefónica en la medida que el mismo le resulta favorable a sus intereses. Ello resulta claro de la lectura del escrito de demanda contencioso administrativa de Telefónica, que en su página 19 señala lo siguiente:

VI.1.12. *Dicha Resolución administrativa [Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL] fue materia de impugnación por **TELEFÓNICA DEL PERÚ**, mediante Recurso de Apelación del 26 de julio de 2002, el cual fue elevado al órgano administrativo superior. Dicha instancia administrativa no resolvió dentro del plazo legal establecido el medio impugnatorio interpuesto por **TELEFÓNICA DEL PERÚ**, aplicándose el Silencio Administrativo Negativo en perjuicio de nuestra empresa. Como resulta evidente, sin embargo, dicho Silencio Administrativo Negativo se aplica únicamente respecto de nuestras pretensiones impugnatorias, las cuales se referían únicamente a los “extremos” que habían sido declarados FUNDADOS, pero no a aquellos que el Cuerpo Colegiado Ordinario no había amparado. Entre los “extremos” no amparados y no apelados por **TELEFÓNICA DEL PERÚ** se encontraba, precisamente, el relacionado a la supuesta “Estrategia Anticompetitiva Integral” que AT&T había denunciado como **Pretensión Principal** de su demanda. (El resaltado es nuestro).*

86. Es la propia Telefónica la que en su demanda contencioso-administrativa señala que sólo ha ejercido el SAN respecto de las pretensiones que han sido materia de impugnación en sede administrativa, es decir, de aquellos extremos en los que el Cuerpo Colegiado declaró fundada la demanda de Telmex. Como ya se ha indicado, el ejercicio del SAN conlleva la habilitación para que el administrado acceda a la vía jurisdiccional. Teniendo en cuenta ello y la manifestación expresa de Telefónica, solo habría ejercido el SAN respecto de los extremos de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL que ha apelado por serle perjudicial y no sobre los que le favorecían.
87. Pero además de lo planteado por Telefónica al acudir a sede jurisdiccional vía proceso contencioso administrativo, corresponde determinar lo señalado y ordenado hasta la fecha por el Poder Judicial, al haberse trasladado a dicha sede

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

la discusión entre Telmex y Telefónica acerca de si este Tribunal mantiene o no competencia sobre el recurso de apelación de Telmex. Lo que se puede concluir es que el Poder Judicial tiene conocimiento de esta discusión, de ahí la relevancia de tener en cuenta los pronunciamientos que ha venido emitiendo hasta la fecha sobre este aspecto.

88. Con fecha 7 de junio del presente año, la Gerencia Legal del OSIPTEL notificó a la Secretaría Técnica del Tribunal la Resolución N° 29²⁷ por la cual la Corte Superior fijó el punto controvertido del proceso contencioso administrativo. En dicha resolución se señala lo siguiente:

“(…) FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS: (...)Determinar si se configura la nulidad de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de julio del 2002; por haber operado el Silencio Administrativo Negativo de la Administración Pública al no haberse expedido dentro del plazo contemplado en la Ley, el pronunciamiento respecto del Recurso de Apelación interpuesto por Telefónica del Perú S.A.A. contra el referido acto administrativo del 26 de julio del año dos mil dos; (...)”. (El resaltado es nuestro).

89. Si bien en dicha resolución se señala como punto controvertido la determinación de la nulidad de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, también se expresa que dicha determinación se realizará respecto del recurso de apelación de Telefónica y no se hace mención alguna respecto a los extremos impugnados por Telmex.
90. A ello, debe agregarse que el 4 de abril del presente año Telmex solicitó a la Corte Superior la suspensión del proceso judicial hasta que el Tribunal de Solución de Controversias emita decisión sobre el recurso de apelación interpuesto en sede administrativa contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. Con relación a dicho pedido, el Poder Judicial se ha pronunciado declarando infundado su pedido y señalando lo siguiente:

“SEXTO.- Que en ese sentido, se advierte que no es necesario suspender el presente proceso judicial, toda vez que el Superior Jerárquico ya ha resuelto lo referido al silencio administrativo negativo, así como el agotamiento de la vía administrativa, independientemente de lo que las partes puedan pedir en sede administrativa lo que consideren que a su derecho les corresponde en virtud de las tantas veces referida ejecutoria suprema”. (El resaltado es nuestro).

91. Aunque el Poder Judicial rechaza el pedido de Telmex relativo a la suspensión del proceso por haber ejercido correctamente Telefónica el SAN, no descarta en forma alguna su interés en seguir esperando una respuesta en sede administrativa sobre su recurso de apelación. Por el contrario, es el propio Poder Judicial el que, al referirse al derecho de Telmex a esperar decisión administrativa sobre su recurso de apelación, reconoce la independencia de lo que se resuelva en sede administrativa respecto a los pedidos de Telmex con relación a lo que se va decidir en sede judicial.

²⁷ Emitida el 3 de abril del año 2006 pero notificada a este Tribunal en junio del presente.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

92. Adicionalmente a ello, debe señalarse que se ha podido verificar que, en sede judicial, el pedido de suspensión del proceso judicial de Telmex fue trasladado a Telefónica. Esta empresa, a través de su escrito del 19 de junio del presente, absolvió el mencionado requerimiento de Telmex oponiéndose al mismo basándose en que, en su opinión, el procedimiento administrativo seguido ante este Tribunal ya debió haber concluido. En base a ello, Telefónica solicitó al Poder Judicial que oficie al Tribunal de Solución de Controversias a efectos de que se abstenga de resolver cualquier aspecto referido al procedimiento administrativo relacionado con el proceso judicial, en los siguientes términos:

“PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, en función a los fundamentos expuestos en el principal del presente Escrito y en virtud de lo establecido en el numeral 188.4 del artículo 188° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, solicitamos a vuestra Sala se sirva OFICIAR AL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL a efectos de que se abstenga de resolver cualquier aspecto referido al procedimiento administrativo materia de análisis en el presente proceso contencioso administrativo, al haber sido sometido el mismo a conocimiento de una autoridad jurisdiccional”. (El resaltado es nuestro).

La Primera Sala Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la Resolución N° 32, respondió a dicha solicitud señalando lo siguiente:

“Dado cuenta; con el escrito que antecede; al principal y segundo otrosí; téngase presente y por absuelto el traslado de la solicitud de suspensión del proceso; al primero otrosí: advirtiéndose que se solicita se ordene que el OSIPTEL se abstenga de resolver cualquier aspecto referido al procedimiento administrativo, materia de revisión del presente proceso, lo cual implicaría un no hacer por parte de la Administración, así como teniendo en consideración lo prescrito en los artículos 35 y 36 de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, en consecuencia: Pídase con arreglo a ley; y conforme al estado proceso: Tráigase para resolver. Notificándose.-”. (El resaltado es nuestro).

93. Teniendo en cuenta lo solicitado expresamente por Telefónica y la respuesta dada por la Corte Superior, se puede concluir que el Poder Judicial reconoce que el Tribunal de Solución de Controversias tiene una obligación de hacer (resolver) y descarta lo sostenido por Telefónica²⁸ sobre un supuesto avocamiento indebido por parte de este Tribunal al mantener en trámite este expediente.

²⁸ Telefónica solicitó se declare, en función a lo dispuesto por el artículo 188° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. El Poder Judicial señaló que para que el Tribunal deje de tramitar el presente procedimiento el pedido no debía plantearse en base a lo dispuesto por dicho artículo. El Poder Judicial señaló que la vía procesal idónea para su pedido es la cautelar, pedido en el que se analiza la verosimilitud del derecho invocado así como el peligro en la demora, más no se discute si la autoridad administrativa mantiene o no competencia sobre el caso. De ahí se entiende que el Poder Judicial ha reconocido la vigencia de la competencia del Tribunal de Solución de Controversias.

Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 188.- Efectos del silencio administrativo

(...)

188.4 Aun cuando opere el silencio administrativo negativo, la administración mantiene la obligación de resolver, bajo responsabilidad, hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional o el administrado haya hecho uso de los recursos administrativos respectivos.(...).” (El resaltado es nuestro)

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

94. Este Tribunal considera que, a la fecha, no existe una notificación expresa que haya hecho el Poder Judicial al Tribunal de Solución de Controversias respecto a que el extremo de la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL que se ha mencionado (que declaró infundada la demanda por la Programación de la numeración 133) va a ser materia de conocimiento por el órgano jurisdiccional. Por el contrario, se ha podido verificar que el Poder Judicial teniendo conocimiento de esta discusión, ha emitido pronunciamientos en los que de ninguna manera excluye o descarta la competencia del Tribunal en relación del extremo mencionado del recurso de apelación de Telmex.
95. Como correlato a ello, este Tribunal, en virtud a lo dispuesto por el artículo 188° numeral 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo, se encuentra en la obligación de ejercer sus funciones y pronunciarse sobre materias que son de su competencia, bajo responsabilidad. Y como consecuencia de ello, está obligado a atender la solicitud de Telmex en el extremo que ya se ha mencionado anteriormente.
96. En virtud del análisis realizado, el Tribunal de Solución de Controversias considera que tiene el deber de pronunciarse sobre dicho aspecto de la apelación de Telmex, en tanto no se le comunique que el mismo ha sido sometido a conocimiento del Poder Judicial y por que, de no hacerlo, vulneraría el derecho al debido procedimiento de Telmex. Adicionalmente, al no ser parte de las materias que se encuentran sometidas a conocimiento de la autoridad jurisdiccional, el pronunciamiento del Tribunal no afecta los objetivos perseguidos por las normas que prohíben el avocamiento a causas pendientes ante el Poder Judicial.
97. De acuerdo con los argumentos expuestos, el Tribunal de Solución de Controversias considera que sólo mantiene competencia para pronunciarse sobre el recurso de apelación de Telmex en el extremo referido a la Programación de la numeración 133.

2.2. Recurso de apelación contra la Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL.

98. Mediante Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL el Cuerpo Colegiado declaró no reservada la información contenida en los anexos 13-L, 13-N y 15-A de los escritos presentados por Telefónica el 18 y 25 de febrero del año 2002. Esta empresa interpuso recurso de apelación contra esta resolución, solicitando al Tribunal que la revoque y declare confidencial la información mencionada.

Ante la falta de designación de los vocales del Tribunal de Solución de Controversias, Telefónica inició acción contencioso administrativa contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, considerando que había operado el SAN. En consecuencia, corresponde definir si el Tribunal mantiene competencia para pronunciarse sobre dicha apelación.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

99. La apelación de la Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL fue presentada el 08 de marzo del año 2002, y dicha resolución está referida a la confidencialidad de documentos que están directamente vinculados con los extremos que son materia de discusión en el proceso contencioso administrativo, por lo que se ha producido la sustracción de la materia respecto a dicha apelación.
100. Teniendo en cuenta ello, el Tribunal de Solución de Controversias considera que no debe pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL.

V. INFORME ORAL

101. Que habiendo el Tribunal de Solución de Controversias declarado que es competente para conocer uno de los extremos del recurso de apelación de Telmex, el referido a la Programación de la numeración 133, se considera conveniente otorgar el uso de la palabra a ambas partes para que expongan sus posiciones ante el Tribunal de Solución de Controversias única y exclusivamente respecto a dicho extremo.
102. Por ello, se fija como fecha para la realización del informe oral el día lunes 11 de diciembre del año 2006, a las 8:30 horas; asimismo, se señala que el informe oral se llevará a cabo otorgando a cada empresa un máximo de quince (15) minutos para que exponga su posición y cinco (5) minutos para réplicas.

RESUELVE:

Primero. Declarar que, al haber ejercido Telefónica del Perú S.A.A. el Silencio Administrativo Negativo, el Tribunal de Solución de Controversias ha perdido competencia respecto de los extremos del recurso de apelación presentado por Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL.

Segundo. Declarar que, al haber ejercido Telefónica del Perú S.A.A. el Silencio Administrativo Negativo, el Tribunal de Solución de Controversias ha perdido competencia respecto del recurso de apelación presentado por Telmex Perú S.A. contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, en los extremos en que solicita que se incrementen las multas impuestas a Telefónica del Perú S.A.A. y que se declare totalmente fundada la demanda por Transporte de Llamadas Fijo ↔ Red Inteligente (literal d del primer punto controvertido).

Tercero. Declarar que el Tribunal de Solución de Controversias no debe pronunciarse respecto de la apelación de Telefónica contra la Resolución N° 037-2002-CCO/OSIPTEL al haber operado la sustracción de la materia.

Cuarto. Declarar que el Tribunal de Solución de Controversias mantiene competencia para pronunciarse sobre el recurso de apelación de Telmex Perú S.A., en el extremo referido a la Programación 133.

Resolución N° 021-2006-TSC/OSIPTEL

Quinto. Otorgar el uso de la palabra a Telmex Perú S.A. y a Telefónica del Perú S.A.A., en las condiciones señaladas previamente. El informe oral se llevará a cabo en el local de OSIPTEL, sito en Calle de la Prosa 136, San Borja, el día lunes 11 de diciembre del año 2006, a las 08:30 horas.

Con el voto favorable de los señores vocales: María del Pilar Cebrecos González, Luz María del Pilar Freitas Alvarado, Luis Alberto Maraví Sáez, Dante Mendoza Antonioli y Juan Carlos Valderrama Cueva.

DANTE MENDOZA ANTONIOLI
Presidente