

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C., CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 335-2021- GG/OSIPTEL.
REFERENCIA	:	Expediente N° 028-2020-GG-DFI/PAS
FECHA	:	24 de agosto de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADA EN TEMAS REGULATORIOS	CLAUDIA GIULIANA SILVA JÁUREGUI
REVISADO Y APROBADO POR	ABOGADO COORDINADOR	ROCÍO ANDREA OBREGÓN ÁNGELES



I. OBJETO:

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra la Resolución N° 335-2021-GG/OSIPTEL, en el marco del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) iniciado por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes, Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, y, en adelante RGIS)¹.

II. ANTECEDENTES:

- 2.1. Con carta N° 227-DFI/2020 notificada el 11 de noviembre de 2020, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a AZTECA el inicio de un PAS por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6 RGIS, debido a que en 25 nodos habría incumplido con el indicador Disponibilidad de Enlaces (DE), el cual forma parte de los Niveles de Servicio (SLA) y cuyo cumplimiento es considerado como condición esencial en el Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Despliegue, Operación y Mantenimiento del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro (en adelante, RDNFO), suscrito con el Estado Peruano. En ese sentido, se otorgó a la empresa operadora, un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
- 2.2. A través de la carta N° 366-GG/2021, notificada el 19 de abril de 2021, la Primera Instancia remitió a AZTECA el Informe N° 088-DFI/2021 (en adelante, Informe Final de Instrucción), concediendo un plazo de cinco (5) días hábiles para que formulara sus descargos.
- 2.3. Mediante Resolución N° 172-2021-GG/OSIPTEL emitida el 27 de mayo de 2021 y notificada en la misma fecha, la Primera Instancia resolvió lo siguiente:

Infracción	Incumplimiento	Nodos	Conclusión
Artículo 6 del RGIS (GRAVE)	Indicador DE (Numerales 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 - Especificaciones Técnicas, del Contrato de Concesión)	5 ²	ARCHIVAR
		20	MULTA 151 UIT

- 2.4. Mediante carta N° DJ-582/21 recibida el 17 de junio de 2021, AZTECA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 172-2021-GG/OSIPTEL.
- 2.5. Mediante Resolución N° 335-2021-GG/OSIPTEL, emitida el 8 de setiembre del 2021 y notificada el 9 de setiembre del 2021, la Gerencia General declaró FUNDANDO EN PARTE el Recurso de Reconsideración, bajo el siguiente detalle:

¹ Debe indicarse que el Consejo Directivo del OSIPTEL, a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

² Se advirtió que en cinco (5) nodos de la RDNFO: (i) Puerto Maldonado, ii) Ascope, iii) Sandia, iv) El Milagro y v) Macanacuna; el resultado obtenido del recálculo del indicador DE, se encontraba por encima del valor objetivo establecido en los numerales 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO; con lo cual, al haberse cumplido con el indicador DE, correspondía el archivo de ese extremo del PAS.

Infracción	Incumplimiento	Nodos	Conclusión
Artículo 6 del RGIS (GRAVE)	Indicador DE (Numerales 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 - Especificaciones Técnicas, del Contrato de Concesión)	3 ³	ARCHIVAR
		17	MULTA 151 UIT

- 2.6. Mediante Carta N° DJ-881/2021 recibida el 30 de setiembre de 2021, AZTECA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución indicada en el numeral precedente.
- 2.7. Mediante Memorando N° 139-OAJ/2022, la Oficina de Asesoría Jurídica (en adelante, OAJ), solicitó información a la Procuraduría Pública del OSIPTTEL (en adelante, PP) con relación a la demanda arbitral impuesta por AZTECA contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), la misma que fue alegada en el marco de su recurso de apelación.
- 2.8. Con Memorando N° 071-PP/2022, la PP atendió la solicitud efectuada por la OAJ y remitió la información requerida.
- 2.9. Mediante Memorando N° 714-OAJ/2022, la OAJ solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC), evaluar si, en el presente caso, la aplicación de la Metodología de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTTEL⁴, resultaba más favorable.
- 2.10. Con Memorando N° 336-DPRC/2022, la DPRC atendió la solicitud efectuada por la OAJ.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 218.2 del Artículo 218 y el Artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁵ (en adelante, TUO de la LPAG), así como el Artículo 27 del RGIS, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AZTECA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los fundamentos del Recurso de Apelación interpuesto por AZTECA son los siguientes:

- 4.1. El OSIPTTEL habría efectuado una interpretación respecto de la forma de medición del indicador DE, establecido en el Contrato de Concesión, lo cual excedería sus competencias y vulneraría los derechos de la empresa operadora.

³ En los nodos i) Moyobamba, ii) Pucallpa y iii) Alto Manantay, se advirtió que AZTECA alcanzó los valores del indicador DE previstos en los numerales 5.1.2 y 5.1.5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO, luego de haberse descontado los eventos en los cuales dicha empresa acreditó encontrarse dentro de los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, con lo cual, al haberse cumplido con la obligación respectiva, correspondía el archivo de ese extremo del PAS.

⁴ Aprobada con Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTTEL.

⁵ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.



- 4.2. El OSIPTEL estaría desconociendo la existencia de una controversia, cuando previamente ha dispuesto la suspensión de un procedimiento similar (Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL) al presente PAS.
- 4.3. En un Informe Oral llevado a cabo en el marco de un proceso judicial donde se cuestiona la Resolución N° 060-2021-CD/OSIPTEL, este Organismo había afirmado que debería aplicarse la suspensión en procedimientos similares al que es materia de evaluación.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre los argumentos señalados por AZTECA en su Recurso de Apelación, esta Oficina considera lo siguiente:

5.1. Sobre la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna. -

De manera preliminar a la evaluación de los argumentos presentados por AZTECA, es pertinente destacar que uno de los Principios que rige la potestad sancionadora en sede Administrativa es el Principio de Retroactividad Benigna contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Así, conforme al Principio de Retroactividad Benigna⁶ resulta viable aplicar disposiciones sancionadoras posteriores que resulten más favorables al administrado. En tal sentido, la norma también señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo siempre que favorezcan al presunto infractor o al infractor, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición, en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción; (ii) los plazos de prescripción; y, (iii) la sanción en sí.

Teniendo en cuenta ello, en el presente procedimiento, en tanto las multas impuestas a través de la Resolución N° 172-2021-GG/OSIPTEL fueron calculadas considerando los criterios contenidos en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL⁷ (Guía de Multas - 2019), corresponde evaluar si la Metodología del Cálculo de Multas (vigente desde el 1 de enero de 2022) podría fijar una cuantía menor en la multa calculada bajo la metodología anterior.

Bajo tales consideraciones, se solicitó que la DPRC evalúe las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas; en ese sentido, a través del Memorando N° 336-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación, la cual se detalla en el Anexo.

Ahora bien, tal como se indica en el numeral 4.19 de la Metodología de Cálculo de Multas, el enfoque de graduación de la multa establecido es el de beneficio ilícito que obtuvo la empresa al cometer las infracciones sancionadas, considerándose el costo evitado, el cual está

⁶ Al respecto, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG prevé lo siguiente:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

5.- Irretroactividad. - Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.”

⁷ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019



representado por un porcentaje de la inversión total que la empresa no realiza (inversión evitada) y que resulta necesario para cumplir con el valor mínimo del indicador.

En ese sentido, considerando los nuevos valores establecidos en la Metodología del Cálculo de Multas, la cuantía de la multa impuesta por la infracción al artículo 6 del RGIS, implica una reducción respecto a la cuantía de la multa impuesta a través de la Resolución N° 172-2021-GG/OSIPTEL, inclusive, por debajo del tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida.

En tal sentido, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponde imponer el monto de la multa resultante de la aplicación de la Metodología del Cálculo de Multas, es decir 23,8 UIT, sin que ello implique una modificación de la calificación del tipo infractor; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna

Finalmente, en atención al Principio de Transparencia, y como parte de la aplicación del nuevo Régimen de Calificación de Infracciones, así como de la Metodología del Cálculo de Multas, se adjunta el cálculo de la cuantía de las multas impuestas en el presente procedimiento administrativo sancionador.

5.2. Respecto de la supuesta interpretación efectuada por el OSIPTEL. –

AZTECA afirma que no existe consenso sobre lo que recoge el Contrato de Concesión con relación a la forma de medición del indicador DE, a fin de determinar si es que se cumple con el valor objetivo pactado contractualmente; razón por la cual, dicha controversia debe ser resuelta por un Tribunal Arbitral.

Considerando ello, la empresa operadora indica que el OSIPTEL, a través de la DFI, habría supervisado el cumplimiento del indicador DE a partir de un ejercicio de interpretación unilateral de un pacto del cual no formó parte, generando a su vez, que la Primera Instancia ejerza su potestad sancionadora frente a un incumplimiento incorrectamente acreditado, que podría no corresponder con lo que decida el Tribunal Arbitral, produciéndole un perjuicio grave e irreparable. Dicha situación – agrega AZTECA- podría replicarse en el Consejo Directivo, si decidiese emitir un pronunciamiento sin que exista certeza de que se está realizando una interpretación del Contrato de Concesión que respete la voluntad de las partes.

AZTECA refiere que no desconoce las competencias que tiene el OSIPTEL para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de niveles de servicio que están previstas en el Contrato de Concesión; sin embargo, ello no lo faculta a interpretar aspectos no regulados en dicho documento, con el fin de resolver una controversia entre ella y el MTC, y poder continuar con un PAS. En ese sentido, la empresa operadora incide en que, el caso particular, no supone un procedimiento en el que se supervisa el cumplimiento de obligaciones normativas, en los que la propia autoridad tiene la potestad de definir el alcance de la obligación para los administrados, sino que nos encontraríamos frente a obligaciones consensuadas en el marco de un Contrato, por lo que su interpretación no depende de la administración.

Previo a desarrollar los argumentos presentados por AZTECA en este acápite, corresponde hacer referencia a las competencias del OSIPTEL y a su nivel de intervención en la supervisión de los valores objetivos de los indicadores: i) Disponibilidad de Enlace (DE) y ii) Promedio de Latencia, aplicables al Servicio Portador prestado por la mencionada empresa operadora, durante el periodo correspondiente al año 2017, según lo dispuesto en el numeral 5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO.



Así, primero, corresponde 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 esa línea, se tiene que el artículo 3⁸ de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos – Ley 27332, el artículo 2⁹ de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL – Ley 27336, el artículo 36¹⁰ del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2011-PCM, así como el artículo 9¹¹ del Reglamento General de Fiscalización aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, establecen – de forma textual- que una de las facultades de los organismos reguladores, es la de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por partes de las entidades o actividades supervisadas.

Siendo así, es claro que la función supervisora desarrollada por este Organismo cuenta con un amplio sustento legal y jurídico vigente, que fundamentan la verificación de cumplimiento no solo de mandatos o resoluciones, sino también de otras obligaciones que podrían estar contenidas en contratos de concesión.

En atención a lo indicado, en el caso particular, aun cuando el OSIPTEL no sea parte del Contrato de la RDNFO, 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 19 de dicho documento, 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.

Así, se tiene lo siguiente:

“CLÁUSULA 19: SUPERVISIÓN Y MONITOREO DE LA EXPLOTACIÓN

19.1 Para la aplicación de la presente cláusula, 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.

⁸ “Artículo 3º.- Funciones

*3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: a. **Función supervisora:** comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas (...)*

⁹ “Artículo 2.- Definiciones

Para efectos de la presente norma, se entiende por:

(...)

Supervisión. - *Al conjunto de actividades que desarrolla OSIPTEL para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades supervisadas. La supervisión puede asimismo estar dirigida a verificar el cumplimiento de determinado mandato o resolución de OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada, dentro del ámbito de su competencia.”*

¹⁰ “Artículo 36.- Definición de Función Supervisora

La función supervisora permite al OSIPTEL verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad supervisada”

¹¹ “Artículo 9.- Supervisión

Es el conjunto de actividades que desarrolla el OSIPTEL para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades supervisadas. Asimismo, comprende la verificación del cumplimiento de determinado mandato o resolución del OSIPTEL, dentro del ámbito de su competencia.”



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.
(Subrayado agregado)

Ahora bien, específicamente sobre la materia evaluada en el presente PAS, se tiene que las cláusulas 18 y 22 del Contrato de la RDNFO establecen como una condición esencial el cumplimiento de los niveles de servicio (SLA) detallados en el numeral 5 de las Especificaciones Técnicas contenidas en el Anexo 12, cuya supervisión estaría a cargo del OSIPTEL.

“CLÁUSULA 18: CONTINUIDAD Y CALIDAD DEL SERVICIO

(...)

18.2 El Concesionario deberá cumplir con los Niveles de Servicio (SLA) establecidos en las Especificaciones Técnicas, los cuales serán supervisados por el OSIPTEL.

(...)

CLÁUSULA 22: CONDICIONES ESENCIALES APLICABLES AL SERVICIO PORTADOR Y FACILIDADES COMPLEMENTARIAS

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

(...)

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.”

Entonces, 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 cuerpo legal.

“5.1. Requisitos de Calidad de Servicio (Quality of Service - QoS)

5.1.1 La disponibilidad de los enlaces¹² 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.



¹² Incluye componentes pasivos y activos.

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. (...)"

Como se puede advertir de lo citado, en el numeral 5 del Anexo 12 del Contrato de la RDFNO se establecen –de forma clara- los valores objetivos que debe cumplir AZTECA para el indicador DE, según la jerarquía de red definida en el diseño de la RDNFO. En ese sentido, contrariamente a lo argumentado por la empresa operadora, para el ejercicio de la labor de supervisión – legalmente atribuida- el OSIPTEL ha aplicado lo estipulado en el Contrato sin ningún tipo de modificación, ajuste o precisión adicional, sino únicamente verificando el cumplimiento de los parámetros allí dispuestos por parte de AZTECA.

Siendo así, el órgano supervisor del OSIPTEL y la Primera Instancia no han efectuado interpretación alguna al Contrato de Concesión, sino que únicamente han actuado de acuerdo a sus competencias (de supervisión y sanción), las mismas que no se han visto suspendidas en virtud de ninguna cláusula contractual, disposición normativa o solicitud arbitral.

De otro lado, es importante resaltar que, efectivamente, el OSIPTEL no es parte del Contrato de Concesión; de hecho, el mismo únicamente fue suscrito por AZTECA y por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC); sin embargo, no hay que perder de vista que en virtud del artículo 38¹³ del Reglamento General del OSIPTEL, se establece la posibilidad que este Organismo pueda emitir opinión previa respecto de contratos de concesión, con la finalidad de salvaguardar sus funciones regulatorias y/o normativas, sujetas a su competencia.

En ese sentido, el que el OSIPTEL no sea parte del Contrato de la RDNFO, no quiere decir que, durante su etapa de formulación, no haya dado su opinión técnica¹⁴ respecto de diversos extremos del proyecto, los mismos que incluían la supervisión de los niveles de servicio (SLA). Por tanto, resulta claro que el Regulador conocía desde antes de su suscripción el sentido y la naturaleza de las cláusulas contenidas en el Contrato de Concesión, lo cual garantizaba el adecuado e idóneo desarrollo de sus funciones regulatorias, supervisoras y sancionadoras, frente a AZTECA.

Por otra parte, tomando en cuenta lo dispuesto en la cláusula 64 del Contrato de Concesión, 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 las funciones de supervisión y sanción del OSIPTEL queden suspendidas,

¹³ **Reglamento General del OSIPTEL**

"Artículo 38. - A fin de guardar concordancia entre las funciones regulatorias y/o normativas, sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSIPTEL, a través de su Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la aprobación de los contratos tipo de concesión a ser empleados por el Ministerio para la prestación de los servicios públicos, dentro del plazo de veinte (20) días hábiles a partir de la fecha de recepción de los citados contratos, que para tal efecto le remitirá el Ministerio. En caso contrario y vencido el plazo establecido, el Ministerio tendrá por conforme el proyecto de contrato tipo remitido. Estos contratos son revisables cada seis (6) meses. De considerarlo conveniente, el Ministerio podrá solicitar la opinión previa de OSIPTEL sobre cualquier contrato de concesión a ser suscrito por los operadores." El pronunciamiento, según el caso, incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de interconexión, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del OSIPTEL."

¹⁴ Informes N° 228-GAL.GRPC.GFS/2013, N° 240-GAL.GRPC.GFS/2013, entre otros.



más aún cuando las mismas se han desarrollado en el marco de competencias legalmente atribuidas.

Por todo lo expuesto, los argumentos presentados por AZTECA en este extremo quedan desvirtuados.

5.3. Respeto de la suspensión del presente PAS. -

AZTECA afirma que el OSIPTEL no puede desconocer que existe una controversia con el MTC que incide en la materia del presente PAS¹⁵, por lo que solicita la suspensión del mismo hasta que se emita un laudo sobre la interpretación de la forma de medir el Indicador DE, posterior a lo cual recién podría determinarse si incumplió o no sus obligaciones contractuales, sin vulnerar los derechos que le asisten. A mayor abundamiento, la empresa menciona que no se niega a continuar cumpliendo con las obligaciones contractuales mientras dure el arbitraje, pero – a su entender- no podría ser sancionada en base a disposiciones cuyos alcances todavía se encuentran siendo discutidos.

Adicionalmente, la empresa operadora indica que, tanto el artículo 13¹⁶ del Texto Único de Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS (en adelante, TUO de la LOPJ) como el artículo 108¹⁷ del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, prevén que cuando se necesite conocer el pronunciamiento previo de otra entidad, el OSIPTEL podrá suspender la tramitación de sus procedimientos.

AZTECA argumenta que la decisión de suspender un procedimiento administrativo por la existencia de una controversia en vía arbitral, ya fue adoptada previamente por el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL, sustentada en el Informe N° 142-GPRC-GAL/2017, la misma que fue emitida en el marco de un procedimiento de emisión de mandato.

La empresa operadora afirma que, en aquella oportunidad, el OSIPTEL reconoció que, en aplicación del Contrato de Concesión, la vía arbitral era el mecanismo de solución de controversias pactado para resolver toda discrepancia vinculada a la interpretación del alcance de sus obligaciones contractuales, entre ella y el MTC. Siendo así, en el caso referido, AZTECA señala que este Organismo Regulador declaró la suspensión del procedimiento, buscando que la decisión que se emita en el fuero administrativo no resuelva aspectos que son competencia de un arbitraje.

¹⁵ El arbitraje en curso en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, en el Expediente No. 2810-182-20, que ha iniciado AZTECA contra el MTC.

entre las pretensiones formulada, se encuentra la correspondiente a determinar cómo debe realizarse la medición del indicador de disponibilidad de enlaces, para calcular si es que AZTECA cumple o no los valores objetivos contemplados contractualmente, lo cual también requiere evaluar cómo se acreditarán los eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

¹⁶ **“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.”

¹⁷ **“Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL y suspensión de procedimientos**

(...)

Los órganos del OSIPTEL suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se siguen sólo en caso que se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial.”



A partir de lo antes descrito, AZTECA argumenta que el presente PAS supone un escenario similar al evaluado en la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL, en tanto está en controversia el alcance de las obligaciones contractuales de niveles de servicio; por lo que, no existe certeza cuáles son las cargas que debe cumplir, resultando indispensable que ello sea definido antes de que el OSIPTEL supervise su cumplimiento y decida que corresponde la imposición de sanciones administrativas y una medida correctiva.

Finalmente, AZTECA señala que, si bien la resolución antes citada fue emitida en el marco de un procedimiento de emisión de mandato, y no en un PAS, ello no significa que no sea un criterio aplicable, pues en ningún caso, la decisión de la entidad podría haberse emitido cuando se encuentre pendiente conocer un pronunciamiento que emitirá el fuero jurisdiccional, pues el Consejo Directivo debe garantizar que sus resoluciones se encuentren fundadas en el marco legal, así como en el Contrato de Concesión.

En relación a lo argumentado por AZTECA, es pertinente indicar que el OSIPTEL reconoce la existencia de una demanda arbitral interpuesta por la empresa operadora, en donde una de las materias controvertidas está vinculada con la interpretación de lo dispuesto en los numerales 5.1.1 y 5.1.5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión. Sin embargo, el que un administrado considere que existe ambigüedad respecto de algún extremo del contrato de concesión, no supone la veracidad de dicha afirmación ni obliga per se a que se suspenda la tramitación de un PAS iniciado en el marco de facultades legales atribuidas al OSIPTEL.

En línea con lo anterior, tampoco resulta certera la afirmación efectuada por la empresa operadora, en relación a que únicamente después de la emisión de un Laudo Arbitral, podría determinarse si se cumplió o no con las obligaciones contractuales materia de controversia; ello, dado que – tal como ha sido expuesto en el acápite precedente- los parámetros para la medición del indicador de calidad DE resultan objetivos, siendo exigible su cumplimiento y estando vigente la facultad de supervisarlos y sancionarlos, de advertirse alguna infracción administrativa.

Ahora bien, en relación a la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL, se tiene que fue emitida en el marco de un procedimiento de emisión de un mandato de acceso a facilidad complementaria, en el cual el OSIPTEL, en virtud de los artículos 13 de la LPOJ y el artículo 108 del Reglamento General del OSIPTEL, decidió suspender el procedimiento administrativo por la existencia de una controversia en vía arbitral.

Al respecto, es preciso reiterar lo ya señalado por la Primera Instancia, esto es, que en dicho procedimiento resultaba preciso atender la solicitud de suspensión en tanto un pronunciamiento por parte del OSIPTEL, podía - en algún extremo- generar derechos a terceros ajenos al contrato de concesión, sin tener aun claro el pronunciamiento en sede arbitral, hecho que podía generar perjuicios tangibles y concretos.

Considerando lo antes mencionado, la lógica aplicada al caso precedente no puede ser trasladada al caso particular en tanto un procedimiento administrativo sancionador tiene una naturaleza distinta; así, en este último se evalúa o define la responsabilidad de un administrado frente al incumplimiento de una obligación regulatoria, con lo cual no es posible equipararlos. Además de ello, en este PAS, no estamos en el marco de un procedimiento administrativo que pueda impactar en terceros, sino que supone el trámite alineado a las facultades legales atribuidas y vigentes del OSIPTEL, en aplicación de un contrato y sin que medie ningún tipo de interpretación.



Es importante precisar que, el hecho que en relación a este procedimiento no resulte aplicable la suspensión, no quiere decir que este Organismo no reconozca lo establecido en la cláusula 64 del Contrato de la RDFNO, la misma que dispone como mecanismo de solución de conflictos, al arbitraje. Contrario a ello, el OSIPTEL coincide en que la vía arbitral es el canal idóneo para resolver cualquier discrepancia vinculada a la interpretación del alcance de obligaciones contractuales entre la empresa operadora y el MTC; sin embargo, los riesgos derivados de distintas interpretaciones a cláusulas contractuales y la forma como se asumen los mismos, corresponden ser evaluadas por las partes, mas no deberían impactar – indubitablemente- en el desarrollo de las funciones de otras instituciones de la administración, como el OSIPTEL.

En consecuencia, los argumentos presentados por AZTECA en este extremo quedan desvirtuados.

5.4. Sobre la Resolución N° 060-2021-CD/OSIPTEL

AZTECA refiere que, en un informe oral llevado a cabo en el marco del proceso judicial donde se cuestiona la Resolución N° 060-2021-CD/OSIPTEL, el OSIPTEL habría afirmado que la suspensión de procedimientos administrativos sí debería otorgarse en los supuestos en los que se demuestre la necesidad de emisión de un pronunciamiento previo en el arbitraje, por falta de claridad en el Contrato de Concesión. Siendo así, la empresa operadora incide en que su solicitud debería ser atendida en el marco del presente PAS.

Respecto de lo alegado por la empresa operadora, es importante aclarar que el referido informe oral se llevó a cabo en la Audiencia Virtual del 22 de setiembre de 2021, vinculado a la impugnación judicial de la Resolución N° 060-2021-CD/OSIPTEL. Siendo así, la intervención del OSIPTEL a través de los funcionarios correspondientes, se basó en un resumen de los argumentos contenidos en la contestación de dicha demanda presentada el 16 de agosto del 2021, ante el Décimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima (Expediente N°4788-2021).

Para mejor entendimiento se copia textualmente los numerales de la contestación de demanda más importantes, referidos al pedido de suspensión del procedimiento administrativo que derivó en la emisión de la Resolución N°060-2021-CD/OSIPTEL. Así, se tiene lo siguiente:

“3.3. (...)

Por consiguiente, 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 (...)

3.4 Ahora bien, coincidimos con lo precisado por la empresa operadora respecto de que, para supervisar el cumplimiento de dichas obligaciones, es condición sine qua non, que el OSIPTEL tenga certeza de cuáles son exactamente tales obligaciones contractuales, en este caso, las referidas a los niveles de servicio de la red dorsal nacional de fibra óptica.

Sin embargo, no es cierto que OSIPTEL haya sancionado el incumplimiento de obligaciones sin tener conocimiento certero sobre cómo se deben cumplir los niveles de servicio (SLA) incluidos en el Contrato de Concesión; todo lo contrario, el OSIPTEL supervisó y evaluó la ejecución del citado contrato, considerando lo previsto en los artículos 6° y 7° del RFIS.”

Ahora bien, en relación al argumento presentado por AZTECA, corresponde señalar que su afirmación se condice con la posición expuesta por el OSIPTEL en el presente caso,



esto es, que la solicitud de suspensión de un procedimiento no es atendida per se, por el simple hecho de existir una posible ambigüedad contractual tramitada en sede arbitral. Contrario a ello, tal como se ha dicho previamente, se suspenderá un procedimiento cuando se demuestre la necesidad de contar con la emisión de un pronunciamiento en el arbitraje previo a la emisión de una decisión administrativa, situación que se advirtió en el procedimiento de emisión de un mandato de acceso a facilidad complementaria que dio lugar a la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL.

Adicionalmente, en relación a la cita de la contestación de la demanda, se advierte que, en el presente caso, también se ha reconocido la posibilidad iniciar procesos arbitrales 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; sin embargo, ello no implica que la facultad supervisora o sancionadora deba suspenderse en todos los escenarios.

Asimismo, alineado a lo indicado por la Procuraduría Pública en el Expediente N°4788-2021, en el PAS materia de análisis también resultaban claras las obligaciones que debían ser cumplidas por la empresa operadora, sin ser necesaria ningún tipo de interpretación legal, jurídica o técnica.

Por otro lado, es preciso resaltar que AZTECA no ha adjuntado a su recurso de apelación ninguna prueba que acredite la afirmación que imputa al OSIPTEL durante el informe oral en la audiencia virtual. En consecuencia, se trataría de una afirmación de su parte sin corroboración, que no se condiría con lo establecido en el artículo 196° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al procedimiento administrativo, el mismo que dispone que “la carga de probar corresponde a quien afirma hechos”.

A mayor abundamiento, se tiene que de acuerdo con el numeral 6.3 del “Protocolo temporal para audiencias judiciales virtuales durante el período de emergencia sanitaria”, aprobado por Resolución Administrativa N°173-2020-CE-PJ, la audiencia virtual será grabada por el órgano jurisdiccional, siendo que las partes y sus abogados no están autorizadas a grabar la audiencia virtual. Por tanto, para que la empresa operadora demuestre lo que atribuye al OSIPTEL debe presentar la grabación realizada por el órgano jurisdiccional. Sin embargo, hasta ahora no hemos sido notificados con el pedido formal que debió hacer AZTECA sobre dicha grabación y la procedencia del mismo por decisión del Décimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima.

En consecuencia, los argumentos presentados por AZTECA en este extremo quedan desvirtuados.

5.5. Sobre la solicitud de Informe Oral. –

Respecto a la solicitud de informe oral ante el Consejo Directivo, formulada por la empresa operadora, corresponde señalar que, en virtud del Principio del Debido Procedimiento, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, como –entre otros- el derecho a solicitar el uso de la palabra (o informe oral). Sin embargo, es importante resaltar que dicha norma no establece que debe otorgarse el uso de la palabra cada vez que se solicita; razón por la cual, es factible que cada órgano de la Administración decida si se otorga o no, aunque de forma motivada.



En la misma línea opina Morón tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional¹⁸ concluyendo que el derecho a exponer alegatos oralmente no es absoluto, sino que la autoridad puede decidir denegar dicho derecho cuando existan razones objetivas y debidamente motivadas¹⁹.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo²⁰, bajo el siguiente fundamento:

“En el caso de autos se aduce una presunta afectación al derecho de defensa, sustentada en que supuestamente la Sala Superior emplazada habría resuelto el recurso sin dar oportunidad de que se lleve a cabo el informe oral del actor. El Tribunal en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio al derecho de defensa la imposibilidad del informe oral. Que en el caso de autos el mismo escrito de apelación de la resolución que denegó la variación del mandato de detención expresaba los argumentos que sustentan su pretensión, por lo que no se advierte la afectación al derecho constitucional invocado.”
(Subrayado agregado)

Un procedimiento administrativo sancionador, es eminentemente escrito. Por tal motivo, todo administrado, en el transcurso de dicho procedimiento, tiene expedita la oportunidad de presentar descargos, recursos y alegatos por dicho medio; al tratarse de un derecho expresamente reconocido en el TUO de la LPAG.

Sin perjuicio de lo anterior, como se ha indicado previamente, la decisión de denegar el informe oral solicitado por el administrado, debe ser analizada caso por caso; en función de las particularidades del expediente, los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación, la necesidad del informe oral para resolver, entre otros criterios.

En el presente caso, se advierte que los argumentos planteados por AZTECA en su impugnación –principalmente de derecho-, así como el resto de actuados del expediente del PAS, constituyen elementos de juicio suficientes para que el Consejo Directivo resuelva el Recurso de Apelación; es decir, dicha documentación genera la convicción necesaria para pronunciarse sobre el mismo.

Por lo expuesto, esta Oficina considera que no corresponde otorgar el informe oral solicitado por AZTECA.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por AZTECA COMUNICACIÓN PERÚ S.A.C., contra la Resolución N° 335-2021-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia:

- **CONFIRMAR** la responsabilidad de AZTECA COMUNICACIÓN PERÚ S.A.C. frente a la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 6 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

¹⁸ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA

¹⁹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

²⁰ Cfr. Expediente N° 00137- 2011-HC/TC. Dicho criterio se reitera en otros casos, como los Expedientes N° 01307-2012-PHC/TC, STC N.° 05510-2011-PHC/TC, N° 00137- 2011-HC/TC.



- **MODIFICAR** la MULTA de CIENTO CINCUENTA Y UN (151) UIT a VEINTITRÉS CON 80/100 (23.8) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 6 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

Asimismo, se recomienda DESESTIMAR la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 335-2021-GG/OSIPTEL, formulada por la empresa AZTECA COMUNICACIÓN PERÚ S.A.C.

Atentamente,

