



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 003-2009-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 012, 013 y 014-2002-CCO-ST/IX
PARTES : Compañía Telefónica Andina S.A. (**Teleandina**) contra
Telefónica del Perú S.A.A. (**Telefónica**)
MATERIA : Interconexión
APELACIÓN : Resolución N° 038-2009-CCO/OSIPTEL

SUMILLA: Se declara fundado el recurso de apelación de Compañía Telefónica Andina S.A. contra el Artículo Segundo de la Resolución N° 038-2009-CCO/OSIPTEL, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Se declara que no corresponde que el Cuerpo Colegiado adopte medida correctiva alguna para el cumplimiento del artículo 64.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Lima, 18 de marzo del año 2009.

VISTO:

El recurso de apelación de fecha 19 de febrero de 2009, presentado por Teleandina, mediante el cual solicita al Tribunal de Solución de Controversia revoque el artículo segundo de la Resolución N° 038-2009-CCO/OSIPTEL, a través del cual el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL encargado de conocer esta controversia (en adelante, el Cuerpo Colegiado) denegó su solicitud de notificar al Procurador Público para que se apersona al proceso.

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución N° 033-2006-CCO/OSIPTEL, de fecha 23 de noviembre de 2006, el Cuerpo Colegiado, resolvió suspender el presente procedimiento administrativo hasta que se emita sentencia firme en el proceso judicial iniciado ante el 51° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Se suspendió el procedimiento porque en el proceso judicial se venía discutiendo la ejecución de los términos de la



Transacción Extrajudicial por ambas partes, la restitución del servicio de terminación hacia la red móvil de Telefónica Servicio Móviles, aspectos que son materia de discusión de la controversia.

2. Mediante escrito, de fecha 30 de noviembre de 2006, Teleandina presentó recurso de apelación contra la N° Resolución N° 033-2006-CCO/OSIPTEL.
3. Mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2006, telefónica absolvió la apelación, señalando que, aún existía un proceso judicial ante el 51° Juzgado Civil de Lima, que versa sobre la ejecución de la Transacción Extrajudicial y que hasta esa fecha no existía decisión final. En tal sentido, en su opinión, la decisión que tomara el Poder Judicial respecto de la validez de la Transacción, determinaría los alcances del procedimiento administrativo.
4. Mediante Resolución N° 001-2007-TSC/OSIPTEL, emitida con fecha 8 de enero de 2007, el Tribunal de Solución de Controversias confirmó la Resolución N° 033-2006-CCO/OSIPTEL.
5. El 26 de enero de 2007, Teleandina solicitó al Cuerpo Colegiado que dé a conocer la comunicación mediante la cual se ha notificado al Procurador Público la Resolución N° 033-2006-CCO/OSIPTEL en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 64.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
6. Mediante Resolución N° 035-2007-CCO/OSIPTEL del 6 de febrero de 2007, el Cuerpo Colegiado denegó el pedido formulado por Teleandina; sin embargo, encargó a su Secretaría Técnica poner en conocimiento de la Gerencia General de OSIPTEL las Resoluciones N° 033-2006-CCO/OSIPTEL y N° 001-2007-TSC/OSIPTEL.
7. Mediante Oficio N° 019-ST/2007 del 9 de febrero de 2007 la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado cumplió dicho encargo remitiendo a la Gerencia General copia de ambas resoluciones.
8. Con fecha 21 de enero de 2009, Teleandina solicitó que se levante la suspensión del procedimiento. Los principales fundamentos que sustentan su pretensión, son los siguientes:
 - La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha declarado NULA la sentencia cuestionada por Teleandina mediante recurso de Casación; y ha ordenado que la Tercera Sala Superior emita nueva sentencia por los siguientes fundamentos: (i) En la sentencia no se ha determinado en qué categoría de Transacción, judicial o extrajudicial, se encuentra comprendida la celebrada entre las partes; ni cuales sería los efectos de tal determinación para el presente caso; a pesar que la Corte Suprema Había determinado que la Tercera Sala debía fundamentar en forma clara y motivada dicho punto; y (ii) La Tercera Sala ha omitido todo pronunciado sobre los alcances de la Ejecutoria Suprema de la casación 98-2004 Lima, instrumento que obra en autos y que la misma Sala determinó que debía analizarse al momento de expedir la resolución final; la misma que, debía ser evaluada a fin de evitar la expedición de sentencias contradictorias.
 - El Poder Judicial, a través del Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia del Perú, ha sentando jurisprudencia vinculante obligatoria sobre la calidad de un contrato de transacción extrajudicial no homologado y sus efectos dentro del proceso en el que se discuten hechos relativos a la materia de la transacción.



- Por los fundamentos aplicados por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema para declarar fundado el recurso de casación de Teleandina, y por lo expuesto por el Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema que ha establecido que la Transacción extrajudicial tiene el valor de Cosa Juzgada, no cabe duda que con ajuste a derecho el Poder Judicial considerando que la Transacción extrajudicial, suscrita entre Telefónica y Teleandina no ha podido ser resuelta por voluntad unilateral de una parte, declarará fundada la demanda presentada por Teleandina, tal como lo determinó la misma Tercera Sala Civil de la Corte Superior, en la sentencia emitida con la Resolución N° 5, Expediente N° 3060-2004.
 - Que según el artículo 64.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la inhibición a continuar con el procedimiento es una facultad potestativa de las entidades administrativas; por lo que teniendo en cuenta que la obligación en discusión es sobre materia de interconexión, que es una condición esencial de la concesión y de Interés público y social, correspondería considerar el levantamiento de la suspensión del presente procedimiento administrativo, en ejercicio de dicha facultad potestativa; o en todo caso se debería notificar al Procurador Público del Estado competente para que determine si la materia vinculada a la inhibición, y/o sus efectos, son o no de interés del Estado Peruano.
 - La suspensión del proceso administrativo ha causado graves daños a Teleandina por embargo de facto de su patrimonio de adecuación de red y de enlaces de interconexión.
9. Mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2009, Telefónica señala los fundamentos por los cuales, en su opinión, el CCO no puede amparar la solicitud de Teleandina.
10. Mediante Resolución N° 038-2009-CCO/OSIPTEL, de fecha 13 de febrero de 2009, el Cuerpo Colegiado resolvió (i) Denegar el pedido formulado por Compañía Telefónica Andina S.A., para que levante la suspensión de presente procedimiento. (ii) Denegar el pedido formulado Compañía Telefónica Andina S.A., para que se notifique al Procurador Público para que determine si la materia vinculada a la inhibición y/o sus efectos son de interés del Estado Peruano. Los principales fundamentos de la mencionada resolución son los siguientes:
- Que, la suspensión dispuesta mediante Resolución N° 033-2006-CCO/OSIPTEL, confirmada mediante Resolución N° 001-2007-TSC/OSIPTEL, se realizó en atención a que en el proceso judicial seguido ante el 51° Juzgado Especializado Civil de Lima, se pretende la ejecución de los acuerdos de la Transacción Extrajudicial por ambas partes, específicamente, la restitución del servicio de terminación hacia la red móvil de Telefónica Servicios Móviles, la cual también es una de las materias en discusión en el presente procedimiento. En tal sentido, al encontrarse en debate la ejecutabilidad de la transacción extrajudicial, el pronunciamiento del Juzgado Especializado en lo Civil, podría afectar la vigencia de las obligaciones cuyo cumplimiento ha exigido Teleandina ante OSIPTEL.
 - Respecto de la solicitud de intervención un Procurador Público, dicho funcionario no ejerce representación legal ni jurídica de OSIPTEL, la misma que se encuentra a cargo del Gerente General de esta entidad. La comunicación al procurador para que se apersona al proceso judicial, no constituye una obligación, sino una facultad de la Administración.
 - Al no haber variado las circunstancias desde la emisión del pronunciamiento que suspende el presente procedimiento y, en la medida que el Procurador Público no ejerce representación legal ni jurídica de OSIPTEL; no corresponde notificar a dicho funcionario para que intervenga en el proceso, por lo que el pedido realizado por Teleandina en dicho sentido debe ser denegado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telunicaciones - OSIPTEL

11. Mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2009, Teleandina, interpone recurso de apelación sobre el artículo segundo de la Resolución N° 038-2009-CCO/OSIPTEL, mediante el cual se denegó su solicitud de notificar al Procurador Público para que se apersona al proceso, sustentándose en los siguientes argumentos:

- Conforme al artículo 64.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde que la inhibitoria confirmada por el Superior Jerárquico, debe ser comunicada al Procurador Público correspondiente, para que de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso judicial.
- El Procurador Público, no representa ni legal ni jurídicamente a OSIPTEL, pues el interés del Estado se extiende a otras esferas adicionales en la que OSIPTEL no tendría competencia legal no jurídica, no siendo entonces competente el Gerente General de OSIPTEL para pronunciarse sobre estas, a pesar de que podría existir un alto interés del Estado.
- El artículo 64 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, concede a la administración la facultad potestativa de inhibirse a continuar un procedimiento administrativo, la misma norma obliga al administrador que en caso la inhibitoria sea confirmada por el Superior, esta inhibitoria se notifique al Procurador Público correspondiente.
- Al decidirse no notificar al Procurador Público correspondiente, se impide que éste ejerza el derecho funcional a determinar si existe o no interés del Estado que amerite su apersonamiento al proceso judicial.
- En el supuesto que el Gerente General de OSIPTEL, sea el funcionario que le compete el rol del Procurador Público, el Cuerpo Colegiado se encuentra obligado a notificarle a dicho funcionario.

12. Con fecha 05 de marzo de 2009, Telefónica contestó la apelación formulada por Teleandina. Los principales fundamentos expuestos son los siguientes:

- Tanto la decisión del Cuerpo Colegiado de inhibirse, como el hecho de no considerar pertinente una notificación al Procurador Público del Estado, como consecuencia de la suspensión de este procedimiento, fueron decisiones tomadas por la administración dentro del ejercicio de su discrecionalidad.
- En ninguna otra controversia seguida por Telefónica, en la que se suspendió el procedimiento administrativo por la existencia de un proceso judicial relacionado con el tema de fondo del mismo, el órgano de Solución de Controversias ejerció la facultad de notificar al Procurador Público.

13. Mediante escrito de fecha 11 de marzo de 2009, Teleandina señaló que si, al suspender el procedimiento administrativo en otros procesos administrativos el Cuerpo Colegiado no comunicó al Procurador Público, habría incurrido en un error que no constituye una fuente de derecho.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

14. Las cuestiones en discusión en la presente controversia consisten en determinar si corresponde:

- (i) Declarar fundado el recuso de apelación de Teleandina contra el Artículo Segundo de la Resolución N° 038-2009-CCO/OSIPTEL; y, en dicho caso,



- (ii) Que el Cuerpo Colegiado adopte medida correctiva alguna para dar cumplimiento al artículo 64.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

III. ANÁLISIS

15. Para efectos de su análisis, la materia en discusión planteada en segunda instancia está vinculada a dos aspectos que el Tribunal procederá a determinar: (i) si el Cuerpo Colegiado se encontraba en la obligación de cumplir con la notificación de la Resolución No 038-2009-CCO/O SIPTTEL a la que hace referencia el artículo 64° de la Ley del Procedimiento Administrativo; y, en dicho caso, (ii) a quién correspondía que se haga dicha notificación y qué se requiere para dar cumplimiento a ello.

3.1. Sobre la obligación de notificar al Procurador Público

16. En el Artículo Segundo de la Resolución N° 038-2009-CCO/OSIPTTEL, el Cuerpo Colegiado decidió denegar el pedido formulado por Teleandina para que se notifique al Procurador Público a fin de que determine si la materia vinculada a la inhibición y/o sus efectos son de interés del Estado Peruano. El Cuerpo Colegiado sustentó su decisión señalando que la comunicación al Procurador del Estado no constituye una obligación de la Administración sino sólo una facultad que ésta, de ser el caso, puede ponderar. En base a ello, el Cuerpo Colegiado consideró que no era necesario ejercer dicha facultad.
17. Teleandina ha cuestionado la decisión del Cuerpo Colegiado indicando que el artículo 64° de la Ley del Procedimiento Administrativo General si obliga al Cuerpo Colegiado a que, en caso que la inhibitoria sea confirmada por el superior jerárquico, comunique al Procurador Público correspondiente. Asimismo, ha indicado que el Cuerpo Colegiado está impidiendo que el Procurador Público correspondiente ejerza el derecho funcional de determinar si existe o no interés del Estado que amerite su apersonamiento al proceso judicial.
18. Por su parte, Telefónica también ha señalado ante esta instancia que el acto de la notificación al Procurador Público solo constituye una potestad facultativa del Cuerpo Colegiado y no una obligación.
19. Al respecto, el artículo 64° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece el supuesto de suspensión del trámite de un procedimiento administrativo cuando exista conflicto con la función jurisdiccional. En este supuesto, este Tribunal considera que es claro que el numeral 64.2, segundo párrafo, del citado artículo¹ contiene un **deber** para la autoridad competente, en este caso para el Cuerpo Colegiado, al indicarse de manera mandatoria que, en caso dicha suspensión sea confirmada por el superior jerárquico, la resolución inhibitoria **es comunicada** al

¹ Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 64.- Conflicto con la función jurisdiccional

(...)

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso". (el resaltado es nuestro).



Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso.

20. Dado que el supuesto establecido en la norma se ha verificado en los hechos (a través de la confirmación de la resolución inhibitoria por parte del superior jerárquico), corresponde cumplir con lo que manda la norma. Por ello, contrariamente a lo señalado por el Cuerpo Colegiado, este Tribunal es de la opinión que el citado artículo sí obliga a la Administración a notificar la resolución por la que suspende el procedimiento administrativo.
21. El Cuerpo Colegiado sustentó su posición en la doctrina que supuestamente afirmaría que la notificación al Procurador Público constituiría solo una facultad de la Administración y no una obligación.
22. Sin embargo, se ha podido apreciar que el autor citado por el Cuerpo Colegiado indica que la previsión de la autorización al Procurador Público para apersonarse al proceso judicial es solo una posibilidad que la Administración puede ponderar ejecutar, tal como se puede apreciar de la siguiente cita:

"la previsión de la autorización al Procurador Público en caso de convenir al Estado apersonarse al proceso judicial configura sólo una posibilidad que la Administración puede ponderar ejecutar, más no una ineludible obligación" (MORON URBINA, 2006).

23. Por ende, lo que Morón Urbina indica como facultativo no es el hecho de notificar al Procurador Público sino el de autorizar el apersonamiento a proceso judicial que, efectivamente, es un acto posterior a la notificación. Este carácter facultativo resulta coherente con el fin de la notificación mencionada que es la evaluación de si existen intereses del Estado que ameriten dicho apersonamiento, evaluación que se produce posteriormente a que se ha realizado la notificación que, conforme establece la norma, debe realizarse de forma obligatoria.
24. En consideración a ello, el Tribunal de Solución de Controversias considera que la decisión del Cuerpo Colegiado de denegar el pedido de Teleandina no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 64° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que el pedido de Teleandina corresponde ser amparado.

3.2. Sobre el cumplimiento de la obligación de notificación establecida en el artículo 64.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General

25. Teniendo en cuenta que la obligación de notificar sí está prevista por la Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde determinar uno de los aspectos en controversia que está vinculado con el funcionario receptor de la notificación a la que se ha hecho referencia.
26. Con relación a ello, el Cuerpo Colegiado ha señalado en la resolución apelada que el Procurador Público del Estado no ejerce la representación legal y jurídica de OSIPTEL, la misma que se encontraría a cargo del Gerente General de esta entidad.
27. Por su parte, Teleandina sostiene estar de acuerdo con el procedimiento del Cuerpo Colegiado en el sentido que el Procurador Público correspondiente no representa legal ni jurídicamente al OSIPTEL, en la medida que el interés del Estado se extiende



a otras esferas adicionales en la que OSIPTEL no tendría competencia legal no jurídica, no siendo entonces competente el Gerente General de OSIPTEL para pronunciarse sobre estas, a pesar de que podría existir un alto interés del Estado. En su opinión, es errado que el Cuerpo Colegiado haya señalado que la notificación al Procurador no constituye una obligación de la administración, pues si bien el artículo 64 de la Ley N° 27444 concede al administrador la facultad potestativa de inhibirse a continuar con el proceso administrativo, sí obliga a tal comunicación. Agrega que al decidir no notificar al Procurador Público correspondiente, se impide que éste ejerza el derecho funcional a determinar si existe o no interés del Estado que amerite su apersonamiento al proceso judicial.

28. Finalmente, Teleandina señala que, en todo caso, de aceptarse lo planteado por el Cuerpo Colegiado acerca de si el Gerente General de OSIPTEL es el funcionario que le compete el rol del Procurador Público, el Cuerpo Colegiado se encuentra obligado a notificarle a dicho funcionario.
29. Al respecto, este Tribunal considera que, de conformidad con lo establecido en el artículo 89° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, corresponde al Gerente General ejercer la representación legal y judicial del OSIPTEL,² por lo que en razón a ello correspondía que el Cuerpo Colegiado, en su calidad de órgano resolutorio de OSIPTEL, ponga en conocimiento de la Gerencia General las resoluciones en cuestión.
30. En ese sentido, en opinión de este Tribunal los órganos de solución de controversias cumplen con la aplicación del artículo 64.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General remitiendo la resolución inhibitoria a la Gerencia General para que disponga las acciones convenientes, correspondiendo a la citada gerencia, el determinar los cauces para el ejercicio de la defensa judicial del OSIPTEL.
31. Con relación a esto, se ha constatado que obra en el expediente la Resolución N° 035-2007-CCO/OSIPTEL, mediante la cual el Cuerpo Colegiado encarga a su Secretaría Técnica poner en conocimiento de la Gerencia General de OSIPTEL la Resolución N° 033-2006-CCO/OSIPTEL por la que se suspendió el procedimiento administrativo; así como la Resolución N° 001-2007-TSC/OSIPTEL, por la cual se confirma esa decisión. Asimismo, se ha verificado que, mediante Oficio N° 019-ST/2007, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado cumplió con realizar dicho encargo. Ello, contrariamente a lo señalado en su apelación por Teleandina, no configura una atribución por parte del Cuerpo Colegiado de las funciones del Procurador Público.
32. En ese sentido, se ha verificado que el Cuerpo Colegiado, a través de su Secretaría Técnica, ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 64.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General; no obstante, haberse denegado el pedido de Teleandina.
33. En consideración a los argumentos expuestos, corresponde amparar el recurso de apelación interpuesto por Teleandina con el Artículo Segundo de la Resolución N°

² Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

"Artículo 89.- Funciones

Corresponde al Gerente General:

a) Ejercer la representación legal, administrativa y judicial del OSIPTEL".



038-2009-CCO/OSIPTEL, dado que no correspondía denegar el pedido formulado por esta empresa.

34. Sin embargo, no corresponde al Cuerpo Colegiado realizar acción alguna, dado que en los hechos, a través de su Secretaría Técnica cumplió con la formalidad de comunicar la resolución inhibitoria al funcionario que ejerce la representación legal y judicial de OSIPTEL, quedando a discreción de éste último determinar las acciones correspondientes para la defensa judicial de la institución.

De conformidad con el artículo 9° de la Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el artículo 36° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, el artículo 92° del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar fundado el recurso de apelación de Compañía Telefónica Andina S.A. contra el Artículo Segundo de la Resolución N° 038-2009-CCO/OSIPTEL, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Declarar que no corresponde que el Cuerpo Colegiado adopte medida correctiva alguna para el cumplimiento del artículo 64.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Con el voto favorable de los señores vocales: Hebert Tassano Velaochaga, Humberto Ramírez Trucíos y Juan Carlos Valderrama Cueva.



HEBERT TASSANO VELAOCHAGA
Presidente