

N° 00302-OAJ/2022

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 290-2022-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 029-2022-GG-DFI/PAS
FECHA	:	11 de noviembre de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO ESPECIALISTA EN TEMAS DE INTERCONEXIÓN	STEFANI BLAS OCHOCHOQUE
REVISADO Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA



I. OBJETO

El presente informe tiene por objetivo analizar el Recurso de Apelación interpuesto por AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. (en adelante, AZTECA) contra la Resolución N° 290-2022-GG/OSIPTEL en el marco del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) iniciado por la infracción tipificada en el artículo 6 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹ (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, ahora RGIS²).

II. ANTECEDENTES

2.1. Mediante la carta N° C. 00588-DFI/2022 notificada el 17 de marzo de 2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a AZTECA el inicio de un PAS por la comisión de las siguientes infracciones:

Norma Incumplida	Tipificación	Conducta Imputada	Tipo de Infracción
Artículo 6 del RGIS	Numeral 5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO	Habría incumplido con el valor objetivo del indicador DE, respecto a treinta y cinco (35) nodos de la RDNFO, previsto en los numerales 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO.	Muy Grave
		Habría incumplido con el valor objetivo del indicador TR-NODO, respecto a tres (3) incidencias, que corresponden al Nivel de Jerarquía Core, Agregación y Conexión de la RDNFO, previsto en los numerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO.	
		Habría incumplido con el valor objetivo del indicador TR-FO, respecto a tres (13) incidencias, de los tramos de Distribución – Agregación y Conexión – Distribución de la RDNFO, previsto en los numerales 5.2.6 y 5.2.7 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO.	

2.2. El 24 de marzo de 2022, AZTECA presentó sus descargos.

2.3. Mediante carta N° C. 00450-GG/2022, notificada el 20 de junio de 2022, la Primera Instancia, puso en conocimiento de AZTECA el Informe N° 0096-DFI/2022 (en adelante, Informe Final de Instrucción) a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.

2.4. El 30 de junio de 2022, AZTECA presentó sus descargos contra el Informe Final de Instrucción.

2.5. Mediante Resolución N° 290-2022-GG/OSIPTEL, notificada el 9 de setiembre de 2022, la Primera Instancia sancionó conforme al siguiente detalle:

Norma Incumplida	Tipificación	Conducta Imputada	Sanción
Artículo 6 del RGIS	Numeral 5 del Anexo 12 del	Haber incumplido con el valor objetivo del indicador DE, respecto a treinta y cinco (35) nodos ³ de la RDNFO,	77,3 UIT

¹ Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

² Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS) por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS).

³ Enlaces de los nodos: PUNO, TRUJILLO, INAPARI, ALERTA, PUERTO MALDONADO, PUCALLPA - Agregación, PUCALPA – Distribución, SUYO, HUANUCO, MOYOBAMBA, PIURA, MOYOBAMBA-D, ACOBAMBA, HUACAYBAMBA, LIRCAY, LLAMELLIN, MAZUCO, OYON, PAUSA, PISCOBAMBA, PUERTO INCA, QUILLABAMBA, SANTO TOMAS, SATIPO,



	Contrato de Concesión de la RDNFO	previsto en los numerales 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO.	
		Haber incumplido con el valor objetivo del indicador TR-NODO, respecto a tres (3) ⁴ incidencias, que corresponden al Nivel de Jerarquía Core, Agregación y Conexión de la RDNFO, previsto en los numerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO.	2,4 UIT
		Haber incumplido con el valor objetivo del indicador TR-FO, respecto a en el caso de tres (13) ⁵ incidencias, de los tramos de Distribución – Agregación y Conexión – Distribución de la RDNFO, previsto en los numerales 5.2.6 y 5.2.7 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO.	16,3 UIT

2.6. El 30 de setiembre de 2022, AZTECA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 290-2022-GG/OSIPTEL.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AZTECA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

AZTECA sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1 Correspondería que se declare la nulidad de la Resolución Impugnada; toda vez que, el OSIPTEL habría excedido de sus competencias en tanto habría realizado una interpretación sobre las disposiciones contempladas en las obligaciones del Contrato de Concesión.
- 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.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de AZTECA, esta Oficina considera lo siguiente:

5.1. Sobre la nulidad de la Resolución Impugnada

AZTECA sostiene que existe una controversia con el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (en adelante, MTC), sobre la interpretación de la obligación contractual vinculada a la medición de los indicadores DE, TR-NODO, TR-FO, y la forma de acreditación de los eventos de caso fortuito o de fuerza de mayor. En tal sentido, AZTECA indica que no existe consenso sobre lo que recoge el Contrato de Concesión; razón por la cual, dicha controversia debe ser resuelta por un Tribunal Arbitral.

TAMBOBAMBA, CHACATAMA, CHINCHOS, JUMAR, LA CALDERA, MAYA MAYA, OVAS, PUENTE PAUCARTAMBO, SAN AGUSTIN, SAN LORENZO, TUNASPAMPA.

⁴ Registros: INC000000038984, INC000000035386, INC000000031671.

⁵ Registros: INC000000031445, INC000000031614, INC000000031632, INC000000031732, INC000000032553, INC000000032554, INC000000035060, INC000000035940, INC000000037210, INC000000037933, INC000000038919, INC000000032564, INC000000035438.



Al respecto, AZTECA señala que el OSIPTEL, a través de la DFI, habría fiscalizado el cumplimiento de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO, a partir de un ejercicio de interpretación unilateral del Contrato de Concesión, del cual no formó parte; lo cual genera, 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.

Asimismo, AZTECA manifiesta que el OSIPTEL no puede desconocer que existe un arbitraje en trámite; dado que, el MTC solicitó su incorporación como tercero interviniente; por lo tanto, el OSIPTEL tiene pleno conocimiento de la incidencia del arbitraje en el presente PAS. Por ello, AZTECA sostiene que resulta importante que primero se emita el laudo arbitral; luego de lo cual, la DFI pueda ejercer su competencia de supervisión y fiscalización de las obligaciones contractuales, sin vulnerar los derechos de la empresa operadora.

Además, AZTECA refiere que no forma parte de la competencia del OSIPTEL realizar una interpretación del Contrato de Concesión con la finalidad de resolver una controversia entre la empresa operadora y el MTC; puesto que, no es un procedimiento en el que se supervisa el cumplimiento de obligaciones normativas, en los que la Autoridad Administrativa tiene la potestad de definir el alcance de la obligación de los administrados, por el contrario, estaríamos frente a obligaciones previstas en un Contrato de Concesión; por lo que, su interpretación no depende del Organismo Regulador.

En ese sentido, AZTECA sostiene que la Primera Instancia ha excedido sus competencias; y, en consecuencia, solicita la nulidad de la Resolución impugnada.

En primer término, corresponde hacer referencia a las competencias del OSIPTEL y a su nivel de intervención en la supervisión de los valores objetivos de los indicadores DE, TR-NODO y TRFO, aplicables al servicio al portador prestado por AZTECA, durante el periodo 2019, según lo dispuesto en el numeral 5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDNFO.

Ahora bien, 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, conforme al artículo 3⁶ de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos – Ley 27332, el artículo 2⁷ de la Ley de Desarrollo

⁶ **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 (...)"

⁷ **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."



de las Funciones y Facultades del OSIPTEL – Ley N° 27336, el artículo 36⁸ del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2011-PCM, así como el artículo 9⁹ 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.

Bajo tales disposiciones normativas, 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 instrumento contractual¹⁰, 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.

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:

(...)

⁸ **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”

⁹ **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.”

¹⁰ **“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.

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]



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.”

En ese sentido, el OSIPTEL, en virtud a la facultad concedida tanto por la normativa especial como por el Contrato de Concesión, procedió a verificar el cumplimiento de la obligación contenida del valor objetivo de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO, considerando las obligaciones expresamente establecidas en los numerales 5.1.1 al 5.1.5, del 5.2.2 al 5.2.4 y del 5.2.5 al 5.2.7 del Anexo 12 del Contrato de Concesión; así como, lo previsto en las Cláusulas 46 y 2.12 de dicho instrumento contractual.

Siendo ello así, en el numeral 5 del Anexo 12 del Contrato de Concesión de la RDFNO se establecen –de forma clara- los valores objetivos que debe cumplir AZTECA para los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO, según la jerarquía de red definida en el diseño de la RDNFO. En ese sentido, contrariamente a lo sostenido por AZTECA, 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.

En consecuencia, 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 MTC; sin embargo, no hay que perder de vista que en virtud del artículo 38¹¹ 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, y conforme al pronunciamiento del Consejo Directivo a través de la Resolución N° 145-2022-CD/OSIPTEL, si bien el OSIPTEL no es parte del Contrato de Concesión de la RDNFO, ello no quiere decir que, durante su etapa de formulación, no haya dado su opinión técnica¹² 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.

¹¹ 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."

¹² Informes N° 228-GAL.GPRC.GFS/2013, N° 240-GAL.GRPC.GFS/2013, entre otros.



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

Por lo expuesto, los argumentos de AZTECA presentados en este extremo quedan desvirtuados; y, en consecuencia, se desestima la nulidad formulada por la empresa operadora.

5.2. Sobre la suspensión de presente PAS

AZTECA solicita la suspensión del presente PAS; en tanto, existe un arbitraje en trámite con el MTC; y – a criterio de la empresa operadora – resulta necesario que el OSIPTEL conozca el alcance de la decisión arbitral referida a la interpretación contractual de las obligaciones vinculadas a los niveles de servicios (SLA), así como la forma de acreditar los eventos de caso fortuito o fuerza mayor; para que, posteriormente pueda ejercer su competencia de supervisión de dichas obligaciones contractuales.

Adicionalmente, AZTECA indica que, el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS (en adelante, TUO de la LOPJ) y el artículo 108 del Reglamento General del 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 administrativos.

Considerando ello, AZTECA señala que la decisión de suspender un procedimiento administrativo por la existencia de una controversia en la vía arbitral, ya ha sido adoptada por el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL, sustentada en el Informe N° 142-GPRC-GAL-2017, el cual consideró que correspondía declarar la suspensión del procedimiento hasta que el Tribunal Arbitral determine cuál es el alcance contractual de la obligación de proveer la facilidad complementaria de colocación de equipos de nodos de la Red Dorsal.

Asimismo, AZTECA precisa que, si bien la resolución antes citada fue emitida en el marzo de un procedimiento de emisión de mandato, y no es 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 se emitirá en el fuero jurisdiccional; en tanto, el Consejo Directivo debe garantizar que sus resoluciones se encuentren fundadas en el marco legal, así como en el Contrato de concesión.

Sobre el particular, es pertinente indicar que el OSIPTEL reconoce la existencia de una demanda arbitral interpuesta por la empresa operadora, cuyas materias controvertidas se encuentran vinculadas con la interpretación de lo dispuesto en los numerales 5.1.1 al 5.1.5 en relación al indicador DE, los numerales 5.2.2 al 5.2.4 referidos al indicador TR-NODO; y, los numerales 5.2.5 al 5.2.7 relacionados al indicador TR-FO del Anexo 12 del Contrato de Concesión. No obstante, conforme al pronunciamiento del Consejo Directivo a través de la Resolución N° 145-2022-CD/OSIPTEL, el hecho 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.

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 pertinente invocar el pronunciamiento del Consejo Directivo a través de la Resolución N° 145-2022-CD/OSIPTEL en tanto:

“(…) en dicho procedimiento [esto es, el procedimiento de mandato asociado a la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL] 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 [esto es, el procedimiento de mandato asociado a la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL] 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 equiparlos. 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.”

[Subrayado agregado]

Además, esta Oficina coincide con la Primera Instancia en el sentido que:

“(…) no procede la aplicación del artículo 13° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que si bien dicha norma, dispone la posibilidad de suspensión del procedimiento administrativo, ello queda sujeto a que en el desarrollo del mismo 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, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio; sin embargo, ello no aplica al caso materia de análisis, puesto que no ha surgido en el trámite del presente PAS alguna cuestión que requiera ser vista en vía judicial y sin la que no se pueda resolver el asunto tramitado por la administración; más aún cuando -tal y como se ha señalado- el OSIPTEL viene supervisando obligaciones previstas expresamente en el CONTRATO suscrito por AZTECA

(…) tampoco corresponde la aplicación del artículo 108° del Reglamento General del OSIPTEL, pues dicha norma establece la ejecutabilidad inmediata de las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTEL; siendo que en el presente análisis se evalúa la medida a imponer frente a los incumplimientos detectados; y, de igual forma, en orden a lo señalado, tampoco nos encontramos frente a la excepción prevista de suspensión de la ejecución y efectos de alguna decisión, ante la disposición expresa del superior jerárquico o el Poder Judicial, por haberse iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o por haber surgido una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial.”



Siendo ello así, 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 para resolver cualquier discrepancia vinculada a la interpretación del alcance de obligaciones contractuales entre AZTECA y el MTC; sin embargo, y conforme al pronunciamiento del Consejo Directivo a través de la Resolución N° 145-2022-CD/OSIPTEL, 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 – indubitadamente – en el desarrollo de las funciones de otras instituciones de la administración, como el OSIPTEL.

Bajo tales consideraciones, no corresponde la suspensión del presente PAS; y, en consecuencia, los argumentos presentados por AZTECA en este extremo quedan desvirtuados.

VI. SOBRE LA SOLICITUD DE INFORME ORAL

Respecto a la solicitud de informe oral 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 lo es el derecho a solicitar el uso de la palabra (o informe oral). No obstante, es importante resaltar que dicha norma no establece la obligación de otorgar 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 Constitucional 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 motivadas¹³.

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

“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 la 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”.

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.

En esa misma línea, el numeral (v) del artículo 22 del RGIS¹⁴ establece que los Órganos de Resolución pueden conceder informe oral al administrado que lo solicite; salvo que consideren que cuentan con elementos suficientes para pronunciarse sobre la base de la información que obra en el respectivo expediente.

¹³ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81

¹⁴ Disposición incluida mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.



Considerando lo señalado, 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 ha verificado que, durante la tramitación del procedimiento, AZTECA ha tenido la oportunidad de exponer sus argumentos de defensa y presentar los medios probatorios que consideraba necesarios. En ese sentido, se colige que existen los elementos de juicio suficientes para que el Consejo Directivo resuelva el presente Recurso de Apelación.

Además, es menester señalar que, a través de la Resolución N° 145-2022-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo ha emitido pronunciamiento en otro PAS¹⁵ sobre los mismos argumentos formulados por AZTECA en el presente procedimiento.

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

VII. PUBLICACIÓN DE LA SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a AZTECA por la comisión de las infracciones analizadas en el presente Informe, corresponderá la publicación de la resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VIII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo con los fundamentos expuestos, se recomienda:

- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 290-2022-GG/OSIPTEL.
- **DESESTIMAR** la solicitud de nulidad formulada por AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.

Atentamente,



¹⁵ Tramitado en el Expediente N° 028-2020-GG-DFI/PAS.