



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00290-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 9 de setiembre de 2022

EXPEDIENTE Nº	:	00029-2022-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.

VISTO: El Informe de la Dirección de Fiscalización e Instrucción¹ del OSIPTEL (DFI) - antes Gerencia de Supervisión y Fiscalización- Nº 00096-DFI/2022 (Informe Final de Instrucción); por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. (AZTECA) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones², aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (RGIS).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- Mediante el Informe Nº 00005-DFI/SDF/2022 de fecha 21 de enero de 2022 (**Informe de Supervisión**), emitido en el Expediente Nº 00165-2019-GSF (**Expediente de Supervisión**), la DFI emitió el resultado de la evaluación, entre otros, del valor objetivo de los indicadores Disponibilidad de Enlace (DE), Tasa de Reparaciones de Fallas de Equipos en Nodo (TR-NODO) y Tasa de Reparación de Cortes de Fibra Óptica (TR-FO), aplicables al Servicio Portador, según lo dispuesto en el numeral 5 del Anexo 12 - Especificaciones Técnicas del Concurso de Proyectos Integrados (ANEXO 12) del Contrato de Concesión (CONTRATO) de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO) por parte de AZTECA durante el año 2019, concluyendo al respecto lo siguiente:

“VI. CONCLUSIONES

(...):

92 Respecto a las medidas adoptadas por los incumplimientos detectados.

- De acuerdo con los fundamentos expuestos en el presente informe, se verifica que en treinta y cinco (35) nodos de la RDNFO de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. habría incumplido durante el año 2019, con el indicador Disponibilidad de Enlaces, toda vez que los valores obtenidos, están por debajo de los valores establecidos 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 Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. En ese sentido, se recomienda el **inicio de un Proceso Administrativo Sancionador** para este extremo.*

¹ Denominación acorde con lo previsto en el Decreto Supremo Nº 160-2020-PCM y la Resolución de Presidencia Nº 094-2020-PD/OSIPTEL, publicados en el Diario Oficial El Peruano el 2 y 9 de octubre de 2020, respectivamente.

² Denominación acorde con lo dispuesto en el Artículo Segundo de la Resolución Nº 00259-2021-CD/OSIPTEL, antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.





- b. De acuerdo con los fundamentos expuestos en el presente informe, se verifica que en tres (3) incidencias, que corresponden al Nivel o jerarquía CORE, AGREGACIÓN y CONEXIÓN de la RDNFO de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. habría incumplido durante el año 2019, con el indicador Tasa de Reparaciones de fallas de equipos en nodo, toda vez que los valores obtenidos, están por debajo de los tiempos máximo de reparación establecidos en los numerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del Anexo 12 Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. En ese sentido, se recomienda el **inicio de un Proceso Administrativo Sancionador** para este extremo.
- c. De acuerdo con los fundamentos expuestos en el presente informe, se verifica que en trece (13) incidencias, de los tramos de Distribución - Agregación y Conexión - Distribución de la RDNFO de la empresa Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. habría incumplido durante el año 2019, con el indicador Tasa de Reparaciones de Cortes de Fibra Óptica, toda vez que los valores obtenidos, están por debajo de los tiempos máximo de reparación equivalente a 24 horas establecidos en los numerales 5.2.6 y 5.2.7 del Anexo 12 Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. En ese sentido, se recomienda el **inicio de un Proceso Administrativo Sancionador** para este extremo.”

2. A través de la carta N° C. 00588-DFI/2022 notificada el 17 de marzo de 2022, la DFI comunicó a AZTECA el inicio de un PAS por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 6° del RGIS, por el incumplimiento de las Condiciones Esenciales del CONTRATO en el caso de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO; otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
3. Mediante la carta N° DJ-585/22 recibida el 24 de marzo de 2022, AZTECA presentó sus descargos (**Descargos 1**).
4. Con fecha 15 de junio 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00096-DFI/2022 (**Informe Final de Instrucción**), conteniendo el análisis de los descargos presentados por AZTECA; el cual fue puesto en conocimiento de dicha empresa operadora mediante carta N° C.00450-GG/2022, notificada el 20 de junio de 2022, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles.
5. A través de la carta N° DJ-624/2022 recibida el 30 de junio de 2022, AZTECA presentó descargos al Informe Final de Instrucción (**Descargos 2**).

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

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

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





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

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

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

(...)

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

Por su parte, el numeral 5. del ANEXO 12 -Especificaciones Técnicas- del CONTRATO establece los Requisitos de Calidad de Servicio (Quality of Service - QoS); y prevé en los numerales 5.1.1 al 5.1.5 los valores objetivos para el cumplimiento del indicador Disponibilidad de enlaces (DE); en los numerales 5.2.2 al 5.2.4 los valores objetivos aplicables al indicador Tasa de Reparaciones de fallas de equipos en nodo (TR-NODO) en cuanto a los tiempos de reparación máximos exigibles; y, de igual forma, en los numerales 5.2.5 al 5.2.7 los valores objetivos para el indicador Tasa de Reparación de Cortes del Fibra Óptica (TR-FO) en cuanto a los tiempos de reparación máximos exigibles.

Según fue verificado y analizado por la DFI durante el año 2019, AZTECA habría incumplido con el valor objetivo de los indicadores antes indicados, en cuanto a lo siguiente:

Tabla N° 1: Detalle de conductas imputadas

Table with 6 columns: Indicador, Conductas, Norma, contrato o mandato incumplido, Tipificación, Número de infracciones, Calificación. It lists three types of infractions: DE, TR-NODO, and TR-FO, all categorized as 'Muy Grave'.

Fuente: Informe Final de Instrucción

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

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), aprobado con Resolución N° 004-2019-JUS, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que ésta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado³, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

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

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

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

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

1. Análisis de Descargos

En sus Descargos, AZTECA cuestionada las imputaciones señalando lo siguiente:

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

⁴ Vigente desde 16 de marzo al 30 de marzo de 2019, que declaró el Estado de Emergencia por el plazo de quince (15) días calendarios cuyo plazo fue prorrogado a través de los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM publicado el 27 de marzo de 2020, N° 64-2020-PCM publicado el 10 de abril de 2020, N° 75-2020-PCM publicado el 23 de abril de 2020, N° 83-2020-PCM publicado el 09 de mayo de 2020, N° 94-2020-PCM publicado el 23 de mayo de 2020, N° 116-2020-PCM publicado el 26 de junio de 2020, N° 135-2020-PCM publicado el 31 de julio de 2020, N° 146-2020-PCM publicado el 28 de agosto de 2020, N° 156-2020-PCM publicado el 26 de setiembre de 2020, N° 174-2020-PCM publicado el 28 de octubre de 2020, N° 184-2020-PCM publicado el 29 de noviembre de 2020, N° 201-2020-PCM publicado el 21 de diciembre de 2020, N° 008-2021-PCM publicado el 26 de enero de 2021, N° 036-2021-PCM publicado el 26 de febrero de 2021, N° 058-2021-PCM publicado el 27 de marzo de 2021, N° 076-2021-PCM publicado el 16 de abril de 2021, N° 105-2021-PCM, publicado el 27 de mayo de 2021, N° 123-2021-PCM publicado el 18 de junio de 2021, N° 131-2021-PCM publicado el 09 de julio de 2021, N° 149-2021-PCM publicado el 22 de agosto de 2021, N° 152-2021-PCM publicado el 16 de setiembre de 2021; N° 167-2021-PCM publicado el 29 de octubre de 2021; N° 174-2021-PCM, publicado el 27 de noviembre de 2021; N° 186-2021-PCM, publicado el 23 de diciembre de 2021, N° 010-2022-PCM, N° 010-2022-PCM, N° 030-2022-PCM, N° 041-2022-PCM, N° 058-2022-PCM, N° 076-2022-PCM, N° 092-2022-PCM, N° 108-2022-PCM publicado el 28 de agosto de 2022, siendo que este último prorroga dicho estado de emergencia hasta el 30 de setiembre de 2022.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

1.1 La DFI ha imputado el incumplimiento de los indicadores DE, TR-FO y TR-NODO, sustentándose en una interpretación contractual que no representa lo pactado entre las partes, lo que determinaría la nulidad del análisis contenido en el Informe de Supervisión; estando referida tal interpretación a lo siguiente:

- (i) La forma de medir el Indicador **DE**;
- (ii) Los equipos que deben repararse respecto del indicador **TR-NODO**
- (iii) La exigencia necesaria para acreditar que se incurrió en un caso fortuito o fuerza mayor, y así verificar el cumplimiento del indicador **TR-FO**.

1.2 Existe un Arbitraje en trámite para determinar el alcance de las obligaciones referidas a los indicadores de niveles de servicio; por lo cual, el OSIPTEL no puede conocer los alcances de las obligaciones de AZTECA y ejercer su función de fiscalización del cumplimiento de obligaciones contractuales, hasta que se obtenga una decisión en la vía arbitral.

1.3 En atención a lo anterior, correspondería la suspensión del presente PAS.

Teniendo en cuenta lo señalado, a continuación, se procederá a analizar los descargos formulados por AZTECA.

1.1 **En cuanto a las supervisiones realizadas por la DFI y analizadas en el Informe de Supervisión.-**

(i) **Sobre el indicador DE:**

Sostiene AZTECA que, de la lectura del CONTRATO, en lo referido al Indicador DE, se desprende que existen cinco (5) valores que deben ser calculados y comparados con el resultado objetivo señalado en el propio CONTRATO, según la jerarquía de red definida en el diseño de la RDNFO; así: (a) La disponibilidad de los enlaces de la red Core; (b) La disponibilidad de los enlaces de la red de Agregación, (c) La disponibilidad de los enlaces de la red de Distribución, (d) La disponibilidad de los enlaces de red de Conexión; y (e) La disponibilidad de los enlaces de los nodos de agregación ubicados en Puerto Maldonado y Pucallpa.

Según considera AZTECA, el CONTRATO dispone que los cinco (5) indicadores de disponibilidad son resultado del promedio de mediciones de disponibilidad de los enlaces que conforman cada jerarquía de la Red Dorsal.

Así, una vez obtenida la disponibilidad de cada uno de los enlaces que pertenecen a una jerarquía específica de la RDNFO, corresponderá promediar dichos resultados para obtener un valor único para el segmento objeto de evaluación. Por lo cual, se contará con un valor distinto para cada red (Core, Agregación, Distribución, Conexión y los nodos de agregación ubicados en Puerto Maldonado y Pucallpa).

De acuerdo a ello, los valores objetivos obtenidos del promedio de la disponibilidad de enlaces de cada una de las cinco (5) jerarquías de la RDNFO serán aquellos que deberán corroborarse con los porcentajes contemplados en el CONTRATO, para verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. AZTECA concluye que la interpretación del CONTRATO es que se encuentra obligada a cumplir con los porcentajes de la disponibilidad de enlaces para cada una de las jerarquías de la RDNFO; con lo cual, según considera, para verificar el cumplimiento del porcentaje exigido, se calculará el promedio de





disponibilidad resultante de la suma de los enlaces o unidades de medición que conforman cada nivel o jerarquía.

Manifiesta que se trataría de indicadores de Niveles de Servicio que han sido establecidos considerando el diseño de la RDNFO, así como la operación que se proyectó con dicho Proyecto para prestar el servicio portador a usuarios intermedios.

Por tanto, señala que le corresponde cumplir con el Indicador DE, en las condiciones contempladas en CONTRATO; no pudiendo aplicarse marcos normativos distintos a éste, ni tampoco que se pretenda imponer una interpretación distinta a la que mantienen las partes que suscribieron el mismo, exigiéndose estándares distintos a los del pacto contractual.

En relación a lo manifestado por AZTECA, corresponde verificar lo señalado en el CONTRATO respecto de las mediciones del indicador DE. Así, en los numerales 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del ANEXO 12 se señala lo siguiente:

“(…)

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

5.1.2 La disponibilidad de los enlaces de la red de fibra óptica con diversidad de rutas que une Nodos de Agregación, que se conectan a los Nodos de la Red Core es de noventa y nueve enteros con novecientos noventa y nueve milésimas por ciento (99.999%), medida en base anual, sin contar el tiempo de inactividad programado aprobado.

5.1.3 La disponibilidad del enlace de fibra óptica para los Nodos de Agregación ubicados en Puerto Maldonado y en Pucallpa, sin diversidad de rutas que se conectan a Nodos de la Red Core, es de noventa y nueve enteros con nueve décimas por ciento (99.9%), medida en base anual.

5.1.4 La disponibilidad de los enlaces que unen Nodos de Distribución, es de noventa y nueve enteros con siete décimas por ciento (99.7%), medida en base anual. Esta disponibilidad no es aplicable para los Nodos de Distribución que coincidan físicamente con algún Nodo de Agregación, en estos casos el nivel de servicio será el señalado en los numerales 5.1.2 y 5.1.3, según corresponda.

5.1.5 La disponibilidad de los enlaces de la red de fibra óptica que une Nodos de Conexión es de noventa y nueve enteros con seis décimas por ciento (99.6%), medida en base anual. (…)”

En el presente caso, conforme analiza la DFI en el numeral 3.2.1 y el Anexo 3 del Informe de Supervisión:

- En los enlaces de dos (2)⁵ nodos, del nivel o jerarquía de Core, los valores del indicador DE se encuentran entre 99.950% y 99.996%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.999%, establecido en el numeral 5.1.1 del Anexo 12 Especificaciones Técnicas.

⁵ Enlaces de (2) Nodos: PUNO, TRUJILLO.





- En los enlaces de cuatro (4)⁶ nodos, del nivel o jerarquía de Agregación, que no cuenta con diversidad de rutas, los valores del indicador DE se encuentran entre 99.2% y 99.8%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.9% establecido en el numeral 5.1.3 del Anexo 12 Especificaciones Técnicas.
- En los enlaces de cuatro (4)⁷ nodos, del nivel o jerarquía de Agregación, los valores del indicador DE obtenido están entre 99.758% y 99.877%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.999% establecido en el numeral 5.1.2 del Anexo 12 Especificaciones Técnicas.
- En los enlaces del nodo Pucallpa, del nivel o jerarquía de Distribución, el valor del indicador DE obtenido está en 99.7%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.9%, considerando lo establecido en el numeral 5.1.4 del Anexo 12 Especificaciones Técnicas.
- En los enlaces de un (1)⁸ nodo, del nivel o jerarquía de Distribución coinciden físicamente con algún nodo de Agregación, el valor del indicador DE obtenido está en 99.951%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.999%, establecido en el numeral 5.1.4 del Anexo 12 Especificaciones Técnicas⁹.
- En los enlaces de trece (13)¹⁰ nodos, del nivel o jerarquía de Distribución, los valores del indicador DE obtenido está entre 96.9%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.7%, establecido en el numeral 5.1.4 del Anexo 12 Especificaciones Técnicas.
- En los enlaces de diez (10)¹¹ nodos, del nivel o jerarquía de Conexión, la DFI verificó que los valores del indicador DE se encuentran entre 97.9% y 99.5%, es decir, por debajo del valor objetivo de 99.6%, establecido en el numeral 5.1.5 del Anexo 12 Especificaciones Técnicas.

Ahora bien, como se advierte, de la lectura del numeral 5.1 -el cual contiene a su vez los numerales 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 antes indicados- del ANEXO 12 del CONTRATO, no se advierte -como pretende AZTECA- que, a fin de medir el indicador DE deba promediarse los resultados obtenidos en la medición, por cada nivel o jerarquía de red, ya sea Core, Agregación, Distribución o Conexión; siendo que esto último ha sido validado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), como Concedente y parte del CONTRATO suscrito, a través del Oficio N° 14628-2018-MTC/27¹² recibido con fecha 25 de julio de 2018, ante la consulta realizada por este Organismo a través de la DFI¹³; precisando que, a fin de realizar el cálculo del indicador DE no corresponde promediar los valores obtenidos por cada jerarquía de red.

De esta manera, contrario a lo indicado por AZTECA, este Organismo Regulador no ha realizado una interpretación unilateral del contrato, siendo que el análisis

⁶ Enlaces de (4) Nodos: IÑAPARI, ALERTA, PUERTO MALDONADO, PUCALLPA

⁷ Enlaces de (4) Nodos: SUYO, HUANUCO, MOYOBAMBA, PIURA

⁸ Enlaces de (1) Nodo: MOYOBAMBA-D

⁹ Ello puesto, que 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.

¹⁰ Enlaces de (13) Nodos: ACOBAMBA, HUACAYBAMBA, LIRCAY, LLAMELLIN, MAZUCO, OYON, PAUSA, PISCOBAMBA, PUERTO INCA, QUILLABAMBA, SANTO TOMAS, SATIPO, TAMBOBAMBA.

¹¹ Enlaces de (10) Nodos: CHACATAMA, CHINCHOS, JUMAR, LA CALDERA, MAYA, OVAS, PUENTE PAUCARTAMBO, SAN AGUSTIN, SAN LORENZO, TUNASPAMPA

¹² Cabe señalar que el extracto correspondiente del mencionado Oficio se aprecia en el Informe Final de Instrucción

¹³ Mediante la comunicación N° 01062-GSF/2018





realizado en el Informe de Supervisión para el indicador DE, ha sido efectuado considerando los valores objetivos que debía cumplir la empresa operadora para dicho indicador, según la jerarquía de red, atendiendo a lo dispuesto en numeral 5 -y a su vez en los numerales 5.1.1 al 5.1.5- del ANEXO 12 del CONTRATO; no existiendo sustento para declarar la invalidez de dicho análisis contenido en el Informe de Supervisión; quedando, por tanto, desvirtuados los argumentos de AZTECA en este extremo.

Adicionalmente, cabe señalar que esta Instancia a través de las Resoluciones N° 00172-2021-GG/OSIPTTEL y N° 00481-2021-GG/OSIPTTEL, que evaluaron los PAS iniciados por el incumplimiento del valor objetivo del indicador DE en los periodos 2017 y 2018, ha señalado una postura similar a la indicada en el párrafo anterior.

Finalmente, corresponde precisar que, no es correcta la afirmación de AZTECA en cuanto a que, se le estarían aplicando marcos normativos distintos al CONTRATO, considerando -en la línea de lo mencionado por la DFI en su Informe Final de Instrucción- que, en atención a lo dispuesto por el artículo 23° del Reglamento General del OSIPTTEL, así como, lo indicado en el numeral 2 de la cláusula 18 del CONTRATO, que señala expresamente que AZTECA deberá cumplir los niveles de servicio SLA, los cuales serán supervisados por el OSIPTTEL, y atendiendo a la facultad normativa de dicho Organismos en función a lo previsto en el artículo 3°¹⁴ de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332 (LEY MARCO); se aprobó la Metodología para medir los niveles de servicio SLA de la RDNFO¹⁵ (METODOLOGÍA); la misma que desarrolla las fórmulas de medición del indicador DE sobre la base de lo establecido expresamente en los numerales 5.1.1 al 5.1.5 del ANEXO 12 del CONTRATO.

(ii) Sobre el indicador TR-NODO:

Manifiesta AZTECA que la obligación contenida en el numeral 5.2 del ANEXO 12, de reparar las fallas de equipos en determinados plazos de tiempo, se refiere, únicamente, a los equipos que conforman los nodos de la RDNFO, es decir, los equipos de comunicaciones, y sus componentes electrónicos, que hacen posible la prestación del servicio Portador a través de dicha red, en la medida que son estos los equipos que se emplean para proveer los servicios de telecomunicaciones de manera continua e ininterrumpida.

Sostiene que el numeral 5.2 del Anexo 12 cuando alude a los plazos de reparación de los "equipos en la Red Core", "equipos de un Nodo de Agregación", "equipos de los Nodos de Distribución y Conexión", se refiere a equipos de los nodos de la RDNFO, siendo preciso tener claridad sobre la definición de "nodos" contenida en las Propuestas Técnicas Definitivas (PTD) elaboradas por AZTECA, y aprobadas por el MTC, de manera previa a la construcción de cada una de las seis (6) entregas de la RDNFO en la Fase de Despliegue.

¹⁴ Conforme a dicha Norma, el OSIPTTEL ejerce, entre otras, la Función Normativa, que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materias de su competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, así como la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones.

¹⁵ Contendida en el Informe N° 00247-GSF/2018, y aprobada con Resolución de Consejo Directivo N° 278-2018-CD/OSIPTTEL





Señala la empresa operadora que, según el Glosario de Términos contenido en PTD, nodo es el *"Elemento de red, ya sea de acceso o de conmutación, que permite recibir y re-enrutar datos. Así, un grupo de equipos ubicados en un sitio, destinados a cumplir una funcionalidad predefinida dentro de la RDNFO se considera un nodo de función específica: Nodos IGW, Nodos Core, Nodos de Agregación, Nodos de Distribución, Nodos de Acceso y Nodos de Amplificación y/o Regeneración"*. Es decir, considera que, un nodo está conformado, única y exclusivamente, por equipos que hacen posible que la RDNFO cumpla las funciones para las que fue creada, esto es, recibir y transmitir datos enviados por los usuarios de dicha red.

Sostiene que contractualmente se hace referencia a equipos que estén vinculados con la operatividad de un Nodo y, con ello, de la RDNFO, considerando que el objetivo es que el servicio Portador se preste de manera ininterrumpida, con lo cual, los tiempos de reparación son exigibles a la reparación de equipos de telecomunicaciones, que tendrán alguna incidencia en la operación de la RDNFO.

En esa línea, AZTECA agrega que el concepto de nodo debe ser diferenciado del concepto de *site*, o sitio, tal como ha sido consagrado en las PTD aprobadas por el MTC, según las cuales, el *site* es *"un área física destinada a alojar equipos de comunicaciones, que cuenta con las condiciones esenciales ambientales y de construcción, energía, seguridad y otros, para asegurar la disponibilidad prevista para los servicios prestados"*. Considera que el *site* incluye tanto los equipos de comunicaciones -nodos- como los equipos auxiliares que coadyuvan al funcionamiento de los primeros. Por tanto, el alcance de la obligación contractual no incluye que los equipos secundarios deben repararse en estricto cumplimiento del indicador TR-NODO.

En relación a lo señalado por AZTECA, conforme se advierte de los numerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del ANEXO 12 del CONTRATO, estos contienen la obligación del concesionario de reparar las fallas que se presenten en los equipos de la Red Core, así como en los Nodos de Agregación, Distribución y Conexión, dentro de los plazos previstos en dicho CONTRATO para cada caso, conforme se detalla a continuación:

"(...)

5.2.2 *El Concesionario debe reparar las fallas que se presenten en los equipos de la Red Core y restablecerlos dentro de las ocho (8) horas siguientes a la ocurrencia de la falla. En ningún caso esto supone la interrupción del servicio.*

5.2.3 *El Concesionario debe reparar las fallas que se presente en los equipos de un Nodo de Agregación y restablecerlos dentro de las doce (12) horas siguientes a la ocurrencia de la falla. En ningún caso esto supone la interrupción del servicio.*

5.2.4 *El Concesionario debe reparar las fallas que se presente en los equipos de los Nodos de Distribución y de Conexión y restablecerlos dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la ocurrencia de la falla. En ningún caso esto supone la interrupción del servicio. (...)"*

En esta línea, conforme a lo señalado en el numeral 3.2.5 del Informe de Supervisión, para el análisis del cumplimiento del indicador TR-NODO, se consideraron las horas establecidas en los numerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 antes





indicados, respecto de los equipos detallados en el CONTRATO, suscrito por AZTECA y el Estado Peruano.

Es en razón de ello, luego de la evaluación realizada por jerarquía o nivel de red analizado, se obtuvieron los resultados que se indican en la tabla N° 5 del Informe de Supervisión, de lo cual, se concluyó lo siguiente:

- En la incidencia INC000000038984 del nivel de jerarquía Core, AZTECA incumplió con el tiempo máximo de reparación equivalente a 8 horas establecido en el numeral 5.2.2 del ANEXO 12.
- En la incidencia INC000000035386 del tramo o nivel de jerarquía de Agregación, AZTECA incumplió con el tiempo máximo de reparación equivalente a 12 horas establecido en el numeral 5.2.3 del ANEXO 12.
- En la incidencia INC000000031671 del nivel de jerarquía Conexión, AZTECA incumplió con el tiempo máximo de reparación equivalente a 24 horas establecido en el numeral 5.2.4 del ANEXO 12.

De esta manera, en tales incidencias, se incumplió con lo dispuesto en los numerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del ANEXO 12 del CONTRATO, lo cual implica el incumplimiento los Niveles de Servicio (SLA) y de esta manera, de las Condiciones Esenciales previstas en el mismo.

Ahora bien, en relación a la postura de AZTECA, respecto a la definición de "nodos" que según indica, se encuentra contenida en la PTD que elaboró y fueron aprobadas por el MTC; es de considerar -en la línea de lo resuelto por la Gerencia General en la Resolución N° 00323-2020-GG/OSIPTEL¹⁶- que, conforme se aprecia de la Cláusula 67 del CONTRATO, éste se debe interpretar según el siguiente orden de *prelación (i) el CONTRATO, (ii) Circulares, y (iii) Bases*; siendo que, en el presente caso, conforme se ha señalado, el análisis de la DFI contenido en el Informe de Supervisión se ha realizado en observancia del CONTRATO, el mismo que no establece la diferencia entre "nodo" y "site" al que alude la empresa operadora.

Asimismo, aludiendo a un argumento similar presentado por AZTECA, respecto a la interpretación de lo señalado en las PTD, el Consejo Directivo ha señalado en la Resolución N° 060-2021-CD/OSIPTEL¹⁷ que en el marco general de los Contratos de Concesión suscritos por el Estado Peruano, las PTD tienen correlación con las Especificaciones Técnicas, en tanto lo desplegado por el concesionario se encuentra incluido en el primer documento, de acuerdo a lo estipulado en el segundo; con lo cual, añade dicho Colegiado, ambas definiciones aludidas por la empresa operadora (la definición de NODO según lo previsto en el ANEXO 12 y las PDT) se encuentran alineadas.

¹⁶ La misma que resolvió el recurso de Reconsideración presentado por AZTECA contra la Resolución N° 00315-2019-GG/OSIPTEL (Expediente N° 00050-2019-GG-GSF/PAS seguido contra AZTECA por el incumplimiento del artículo 6° del RFIS respecto al incumplimiento de las condiciones esenciales del CONTRATO respecto de otros indicadores previsto en el ANEXO 12 del mismo), la cual que fue confirmada por el Consejo Directivo mediante Resolución 00060-2021-CD/OSIPTEL, que se encuentra publicada en la página Web del OSIPTEL, en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/phlhn3yu/resol060-2021-cd.pdf>

¹⁷ La misma que, como se ha indicado, se encuentra publicada en la página Web del OSIPTEL, en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/phlhn3yu/resol060-2021-cd.pdf>
Cabe señalar que tal pronunciamiento fue emitido en el Expediente N° 00050-2019-GG-GSF/ PAS, en el cual se confirmaron las sanciones impuestas a AZTECA por el incumplimiento del artículo 6° del RFIS respecto al incumplimiento de las condiciones esenciales del CONTRATO respecto de otros indicadores previsto en el ANEXO 12 del CONTRATO.





Adicionalmente, debe considerarse, en la línea de lo señalado por la DFI en su Informe Final de Instrucción, que, un Nodo, de acuerdo a lo señalado en el numeral 7.1 "NODOS" del ANEXO 12 del CONTRATO, aparte de los equipos de telecomunicaciones (como equipos IP, equipos de longitud de onda u otros), alberga diversos equipos complementarios para su buen funcionamiento como por ejemplo: los equipos de Sistema de Aclimatación (Heating, Ventilation and Air Conditioning System, o sistema HVAC), equipos de alimentación de la red eléctrica comercial y de fuentes alternativas (como por ejemplo grupo electrógeno), así como de sistemas de alimentación ininterrumpida (UPS, por sus siglas en inglés), sistemas de alarma que se controlan a distancia a través del NOC, entre otros.

En el presente caso, como se verifica del Anexo 1 del Informe de Supervisión, las tres (03) incidencias que determinaron el incumplimiento del indicador TR-NODO en el presente PAS, estuvieron relacionadas con lo siguiente, apreciándose en un caso la interrupción del servicio y la afectación a clientes:

Tabla N° 2: Incumplimiento TR-NODO

N° de Incidencia	Descripción	Diagnóstico inicial	Interrupción del servicio	Clientes afectados
INC000000031671	TAYABAMBA - FALLA DE TARJETA IMM2	EQUIPO IP	SI	BITEL
INC000000038984	PUNO - FALLA DE RECTIFICADOR	RECTIFICADORES	NO	NINGUNO
INC000000035386	IÑAPARI - FALLA DE GRUPO ELECTRÓGENO	GENERADORES	NO	NINGUNO

Fuente: Información obtenida del Anexo 1 del Informe de Supervisión

Por tanto, en línea con lo señalado en la Resolución de Gerencia General N° 00315-2019-GG/OSIPTEL -la misma que fue confirmada por la antes aludida Resolución N° 00323-2020-GG/OSIPTEL- debe considerarse que el conjunto de equipos que conforma un Nodo, coadyuvan y generan las condiciones necesarias para el óptimo funcionamiento del mismo y con ello a la prestación ininterrumpida del servicio portador, al que se encuentra obligada a brindar la empresa operadora.

En esa línea, el Consejo Directivo, confirmando dicho Pronunciamiento, ha señalado en la Resolución N° 060-2021-CD/OSIPTEL que en efecto, si bien existen equipos que están relacionados directamente con la prestación de servicio (principales), como equipos IP-MPLS, DWDM, también se considera los equipos relacionados a suministro de energía como Rectificadores, banco de baterías, grupo electrógeno, debido a que si estos equipos fallan afectan directamente a los equipos de red; y adicionalmente existen equipos que se relacionan indirectamente al funcionamiento adecuado de los equipos principales a fin de coadyuvar un buen funcionamiento, rendimiento a los equipos de red que ayudan a mantener y prolongar la vida útil del equipo, como los equipos de humedad, climatización entre otros.

En conclusión, atendiendo a lo anteriormente indicado, es posible concluir que el cálculo del indicador TR-NODO por cada jerarquía, deberá efectuarse en los tiempos previstos en los numerales 5.2, 5.3 y 5.4 del ANEXO 12, lo cual incluye





todos los equipos que conforman un nodo, sin haber distinción alguna entre los equipos principales o secundarios.

(iii) Sobre los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor:

Alude AZTECA a la cláusula 46 del CONTRATO, respecto a la suspensión del cumplimiento de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO, cuando se produzca algún supuesto de caso fortuito o fuerza mayor; y considera que dicha cláusula indica de manera general que ello podría comprender cualquier evento u ocurrencia extraordinaria, imprevisible e irresistible no imputable al Concesionario. Sobre este punto, señala que se debe tener en cuenta que el numeral 2.12 de la cláusula 2 del CONTRATO define lo que comprende un caso fortuito o de fuerza mayor.

Agrega que a su vez, la Cláusula 47 desarrolla cuál es el procedimiento para declarar la suspensión de las obligaciones, listándose ciertas obligaciones para el Concesionario cuando se encuentre en este supuesto. Así, considera que no corresponde que se le exija el cumplimiento de otro procedimiento o metodología distinto al que se encuentra contemplado en el pacto contractual.

En atención a lo expuesto, alega que el OSIPTEL puede supervisar el cumplimiento de las obligaciones previstas en el CONTRATO, lo cual comprende únicamente verificar lo siguiente: (i) Si AZTECA alcanzó los valores objetivos del Indicador DE, según lo señalado anteriormente; (ii) Si cumplió con reparar los equipos de telecomunicaciones en los tiempos máximos previstos para el indicador TR-NODO; y, (iii) Si existen eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible que califiquen en algún supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

En relación a lo señalado por AZTECA, para determinar la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, la cláusula 46¹⁸ del CONTRATO regula la suspensión de las obligaciones contractuales debido a supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; definiendo en el numeral 2.12¹⁹ de la cláusula 2 del referido contrato,

¹⁸ CLÁUSULA 46: SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES

- 46.1. Para fines de este Contrato, existirá una situación de suspensión de obligaciones siempre que se produzca algún Caso Fortuito o Fuerza Mayor.
- 46.2. Son Casos Fortuitos o de Fuerza Mayor los siguientes:
 - a) Cualquier acto de guerra externa, interna o civil (declarada o no declarada), invasión, conflicto armado, bloqueo, revolución, motín, insurrección, conmoción civil o actos de terrorismo que impida el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones del Contrato.
 - b) Aquellos paros o huelgas generales de trabajadores, protestas, actos de violencia o de fuerza realizadas por organizaciones comunales, sociales o políticas, o manifestaciones públicas de gran envergadura que afecten directamente al Concesionario por causas ajenas a su voluntad que no le sean imputables y que vayan más allá de su control razonable. c) La eventual confiscación, requisa, o destrucción total o parcial de los Bienes de la Concesión y su imposibilidad de recuperación, ocasionados por orden de cualquier autoridad pública, por causas no imputables al Concesionario, que afecten gravemente la ejecución total o parcial del Contrato impidiendo al Concesionario cumplir con obligaciones a su cargo.
 - d) Cualquier terremoto, inundación, maremoto, tormenta eléctrica, incendio, explosión, o evento similar a los anteriores, siempre que afecte de manera directa total o parcialmente los Bienes de la Concesión.
 - e) Cualquier otro evento u ocurrencia extraordinaria, imprevisible e irresistible, no imputable a la Parte que invoca el Caso Fortuito o Fuerza Mayor; que impida o determine el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso en la ejecución de sus obligaciones contractuales.

¹⁹ CLÁUSULA 2: DEFINICIONES

(...)

2.12 Caso Fortuito o Fuerza Mayor

Se definen como aquellos eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las Partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte





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

Si bien AZTECA alega que no corresponde se le exija el cumplimiento de otro procedimiento o metodología distinto al que se encuentra contemplado en el pacto contractual; es necesario aludir a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 248° del TUO de la LPAG, el cual dispone que la Autoridad Administrativa debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario (presunción de inocencia), sin embargo, ello no ocurrirá así en los casos en los que su ejercicio no resulte materialmente posible de ejecutar a ésta última, por corresponder a actuaciones materiales que únicamente el administrado se encontraría en capacidad de realizar, como es el caso de la acreditación de la diligencia debida o de los elementos lo exoneren de responsabilidad. Siendo que ello fue precisado también en la Resolución N° 00315-2019-GG/OSIPTEL²⁰.

De igual forma, debe considerarse que la cláusula 47.3 del CONTRATO, precisa que *si ante la ocurrencia de alguno de los supuestos previstos en la Cláusula 46 se generase la interrupción o degradación del Servicio Portador y/o Facilidades Complementarias, se aplicara el procedimiento y normas que defina el OSIPTEL en el ámbito de sus competencias*.

Cabe indicar que en virtud a lo anterior, la METODOLOGÍA, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 278-2018-CD/OSIPTEL -con anterioridad al periodo de evaluación materia del presente PAS- desarrolla los criterios utilizados por el OSIPTEL para declarar procedente la documentación remitida por la empresa operadora a fin de acreditar que una indisponibilidad se debe a un caso fortuito o fuerza mayor²¹; para lo cual describe los supuestos detallados en la cláusula 46 del CONTRATO, así como los posibles documentos de acreditación del hecho reportado, verificándose que no se trata de una lista cerrada de medios probatorios para acreditar la causa o la diligencia desplegada por la empresa operadora frente a un evento de interrupción, en atención al Principio de Libertad Probatoria²².

que invoque la causal, la cual, a pesar de su diligencia ordinaria para prevenirla o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento. (Subrayado agregado).

²⁰La misma que indicó lo siguiente:

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

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

²¹ Según se señala en el literal IV. de la METODOLOGÍA, “Procedimiento para determinar exclusiones por caso fortuito o fuerza mayor y trabajos de mantenimiento”.

²² **Artículo 173.- Carga de la prueba**

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

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





Ello, puesto que lo relevante, en virtud de las indicadas cláusulas 46 y 2.12 del CONTRATO, es que el concesionario sustente y acredite la ocurrencia de un hecho fortuito o fuerza mayor, así como las medidas que adoptó frente a lo ocurrido; siendo así, contrariamente a lo señalado por AZTECA, se advierte que, la METODOLOGÍA tiene su razón de ser en lo previsto en el CONTRATO, señalando los criterios a considerar para el análisis de los casos detallados como caso fortuito o fuerza mayor en la cláusula 46 del mismo; de modo tal que el Concesionario tenga conocimiento del modo de evaluación por parte del Regulador, considerando el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima regulado en el TUO de la LPAG²³.

Cabe señalar que, tal y como se advierte en la Matriz de Comentarios al Proyecto de METODOLOGÍA, en el sentido indicado, en cuanto a la acreditación de las medidas adoptadas ante un incidente de caso fortuito o fuerza mayor, se precisó ante una observación de AZTECA, que el análisis del comportamiento diligente, se sustenta en la definición misma de caso fortuito o fuerza mayor del CONTRATO (cláusula 2.12), que indica que, ante su ocurrencia y la generación de incumplimientos, esto debe estar fuera de control de la empresa, la misma que a pesar de su diligencia ordinaria para prevenir o mitigar sus efectos no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento.

Atendiendo a lo señalado, la DFI evaluó las acreditaciones aportadas por AZTECA en la etapa de fiscalización, determinando las exclusiones correspondientes de acuerdo al CONTRATO y a la METODOLOGÍA, o la improcedencia de las mismas al no haberse acreditado la causa reportada o la debida diligencia; conforme se verifica en análisis contenido en los Anexos 1 y 2 del Informe de Supervisión.

De esta forma, conforme determinó la DFI en el numeral 3.2.6 y el Anexo 1 del Informe de Supervisión:

- En once (11)²⁴ incidencias del nivel de jerarquía Distribución - Agregación, AZTECA incumplió con el tiempo máximo de reparación equivalente a 24 horas establecido en el numeral 5.2.6 del ANEXO 12.
- En dos (2)²⁵ incidencias del nivel de jerarquía Conexión - Distribución, AZTECA incumplió con el tiempo máximo de reparación equivalente a 24 horas establecido en el numeral 5.2.7 del ANEXO 12.

De esta manera, en tales incidencias, se incumplió con lo dispuesto en los numerales 5.2.6 y 5.2.7 del ANEXO 12 del CONTRATO, lo cual implica el incumplimiento de los Niveles de Servicio (SLA) y de esta manera, de las Condiciones Esenciales previstas en el mismo.

²³ Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)

15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

²⁴ Identificado mediante registros: INC000000031445, INC000000031614, INC000000031632, INC000000031732, INC000000032553, INC000000032554, INC000000035060, INC000000035940, INC000000037210, INC000000037933, INC000000038919

²⁵ Identificado mediante registros: INC000000032564, INC000000035438





Por lo expuesto en los numerales (i), (ii) y (iii) anteriores, contrario a lo indicado por AZTECA, se verifica que la evaluación de cumplimiento de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO contenida en el Informe de Supervisión ha considerado lo previsto en el numeral 5.1 -el cual contiene a su vez los numerales 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 - del ANEXO 12 del CONTRATO; no existiendo sustento para declarar la invalidez de dicho análisis.

1.2 **Sobre la existencia de un Arbitraje en trámite y solicitud de suspensión del presente PAS.-**

AZTECA solicita se suspenda el presente PAS hasta que se emita el Laudo en el arbitraje²⁶ iniciado contra el MTC, respecto de la interpretación contractual del alcance de las obligaciones de los niveles de servicio SLA, por lo que resultaría necesario se resuelva primero esta controversia para que OSIPTEL pueda determinar -sin vulnerar los derechos de AZTECA- si existe incumplimiento de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO.

Precisa que el OSIPTEL no puede conocer los alcances de las obligaciones de AZTECA y ejercer su función de fiscalización del cumplimiento de obligaciones contractuales, hasta que se determine en la vía arbitral lo siguiente: (i) La interpretación contractual de la forma de medir el Indicador DE, (ii) Qué equipos son los que deben repararse cumpliendo el indicador TR-NODO; y (iii) Qué exigencia es necesaria para acreditar que se incurrió en un caso fortuito o fuerza mayor para verificar si se cumplió o no con el indicador TR-FO; para que con ello se pueda determinar si AZTECA incumplió o no sus obligaciones contractuales.

De esta manera, AZTECA resume cómo se encontraría vinculado el Arbitraje a la tramitación del presente PAS, señalando principalmente lo siguiente:

¿Cuáles son los presuntos incumplimientos imputados?	<ul style="list-style-type: none"> • No habría cumplido con el indicador DE. • No habría cumplido con reparar los equipos en el tiempo máximo previsto en el CONTRATO. • No habría cumplido con reparar los cortes de fibra óptica en el tiempo máximo contemplado en el CONTRATO.
¿En qué se sustenta el presunto incumplimiento imputado?	<ul style="list-style-type: none"> • Forma de medición del indicador DE genera que se concluya que no alcanzó los valores objetivos previstos en el ANEXO 12. • No habría reparado "equipos secundarios" en el tiempo máximo previsto contractualmente, lo que generaría incumplimiento del indicador TR-NODO • No cumpliría con la documentación y acciones exigidas por el OSIPTEL para demostrar que no se ha cumplido con la obligación por un evento de caso fortuito o fuerza mayor; lo cual, no permitiría que cumpla con los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO.
¿Qué se determinará en el arbitraje?	<ul style="list-style-type: none"> • Se ha solicitado que se determine cómo se realizan las mediciones para determinar si es que se alcanzaron los valores objetivos del Indicador DE. • Se ha solicitado que se interprete cómo se debe entender "equipos" cuando se hace referencia a la obligación de repararlos en un tiempo máximo. • Se ha solicitado que se interprete cómo debe acreditar un caso fortuito o fuerza mayor desde las reglas previstas en el

²⁶ Precisa AZTECA que ha iniciado un arbitraje contra el MTC en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, en el Expediente N° 2810-182-20; siendo que, dentro del plazo otorgado por el Tribunal Arbitral, el 27 de agosto de 2021, presentó su demanda arbitral.





	<p>CONTRATO. Así pues, está en controversia si deben presentarse determinados documentos para acreditar la existencia de un hecho, así como exigir que se evidencie una determinada diligencia, con acciones particulares y específicas. Ello permitirá que se pueda evaluar si existieron situaciones en los cuales las obligaciones de AZTECA se encontraban suspendidas, y no debía cumplir con los niveles de servicio contractuales.</p>
--	---

Fuente: Descargos 1

Alega AZTECA que no existe certeza sobre cuál es la correcta interpretación del CONTRATO sobre la que OSIPTEL pueda supervisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, debido a que la empresa operadora y el MTC mantienen diferentes posiciones respecto de los alcances de las obligaciones contractuales vinculadas a los indicadores de servicio; con lo cual, no existe garantía que la interpretación que ha realizado la DFI para determinar el incumplimiento de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO sea la correcta, conforme fue pactado por su Representada y el Concedente.

Así, señala que, la forma por la cual la DFI ha realizado la medición del Indicador DE podría generar que se le exijan obligaciones superiores a las pactadas contractualmente, que no se considere la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, o que se exija el cumplimiento de tiempos de reparación en equipos secundarios; por lo cual, continuar con el PAS como consecuencia de la interpretación unilateral del CONTRATO por parte del OSIPTEL, pese a que dicha interpretación está siendo cuestionada en un arbitraje, podría generarle graves perjuicios.

De esta manera, a consideración de AZTECA, en su fiscalización, el OSIPTEL no estaría aplicando el CONTRATO, sino realizando un ejercicio de interpretación unilateral de un pacto contractual, del cual no formó parte; excediendo con ello, sus facultades de supervisión y fiscalización; considerando que se trata de obligaciones consensuadas en el marco de un Contrato de Concesión, por lo cual, su interpretación no depende únicamente de la Autoridad.

Señala que coincide con la interpretación de lo previsto en la Cláusula 66, referida a que durante el arbitraje debe continuar con la ejecución de sus obligaciones contractuales; lo cual ha venido realizando hasta que operó la caducidad del CONTRATO; sin embargo, indica que, la decisión de determinar si cumplió o no con sus obligaciones vinculada a los niveles de servicio SLA, sobre los periodos en los que fue concesionaria de la RDNFO, debe emitirse cuando exista una interpretación definida realizada por el Tribunal Arbitral.

En atención a lo anterior, considera AZTECA que resultaría vulneratorio a sus derechos que se prosiga con el presente PAS, con miras a la imposición de una sanción administrativa, por el incumplimiento de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO; por lo que la suspensión del PAS garantizaría un correcto ejercicio de las competencias de fiscalización del OSIPTEL para concluir si cumple o no con sus obligaciones; de lo contrario, el OSIPTEL estaría asumiendo el rol de Tribunal Arbitral, interpretando indirectamente lo que viene siendo discutido en un Arbitraje.

Agrega que -pese a la discordancia con el MTC- ha solicitado el levantamiento de confidencialidad del arbitraje, a fin que el OSIPTEL pueda revisar la petición arbitral y la demanda arbitral, lo cual brindará mayores elementos que corroboren que se trata de materias vinculadas.





De otro lado, sustenta sus argumentos adicionalmente citando lo previsto en el artículo 13²⁷ del Texto Único de Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁸, el cual establece que un procedimiento administrativo se suspenderá cuando surja una cuestión que requiera un pronunciamiento previo, sin el cual no pueda resolverse el asunto en vía administrativa.

Refiere que en esa línea, el propio Reglamento General de OSIPTEL²⁹, contempla en su artículo 108°, la posibilidad de suspender la tramitación de los procedimientos administrativos cuando se haya iniciado un proceso que trate sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que requiera un pronunciamiento previo del Poder Judicial.

Señala que la decisión de suspender un procedimiento administrativo por la existencia de una controversia en vía arbitral ha sido adoptada anteriormente por el OSIPTEL, puesto que el Consejo Directivo respetuoso de los alcances de la competencia de dicho Organismo y de la competencia de un Tribunal Arbitral para la interpretación de aspectos vinculados a obligaciones contempladas en un Contrato de Concesión; en la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL, sustentada en el Informe N° 00142-GPRC-GAL/2017, dispuso la suspensión del procedimiento administrativo de emisión de un Mandato de Acceso a Facilidad Complementaria hasta obtener la decisión arbitral sobre el alcance de la obligación de prestar la facilidad complementaria de coubicación.

Precisa que en aplicación del artículo 13° antes citado, el Consejo Directivo de OSIPTEL 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 coubicación de equipos en nodos de la Red Dorsal; buscando así que la decisión que se emita en el fuero administrativo no resuelva aspectos que son competencia de un arbitraje, por tratarse de controversias vinculadas a una interpretación contractual; y evitar que OSIPTEL emita decisiones que restrinjan los efectos de lo que pueda resolverse en dicha vía. De esta manera, a consideración de la empresa operadora, independientemente de la naturaleza del procedimiento seguido, el presente PAS se encuentra en un escenario similar al que se analizó en la Resolución del Consejo Directivo N° 084-2017-CD/OSIPTEL.

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

En virtud a ello, la LEY MARCO, precisa en su artículo 3 que, en virtud de la facultad supervisora, los organismos reguladores -como el OSIPTEL- tienen la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por partes de las entidades o actividades supervisadas; siendo que tal facultad ha sido también definida para este organismo en el artículo 2° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades (LDFF), y el artículo 9° Reglamento General de Supervisión

²⁷ **Artículo 13.- Cuestión Contenciosa en procedimiento administrativo**

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

²⁸ Decreto Supremo N° 017-93-JUS

²⁹ Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2021-PCM





aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL, hoy Reglamento General de Fiscalización³⁰.

En atención a lo indicado, aun cuando el OSIPTEL no sea parte del CONTRATO -como apunta la empresa operadora- tiene la facultad de supervisar el cumplimiento de obligaciones contractuales aplicables a los servicios públicos de telecomunicaciones; lo cual ha sido reconocido en la cláusula 19³¹ del CONTRATO, cuando dispone que corresponde a este Organismo verificar que el Concesionario -AZTECA- cumpla con las leyes aplicables, así como cualquier otra obligación que se derive del Contrato; siendo que en virtud de la cláusula 18.2 corresponde al concesionario cumplir con los Niveles de Servicio (SLA) establecidos en el ANEXO 12, los cuales -según se reafirma en dicha cláusula- serán supervisados por el OSIPTEL.

Con lo cual, el OSIPTEL, en virtud a la facultad concedida tanto por la normativa especial como por el CONTRATO, procedió a verificar el cumplimiento de la obligación contenida del valor objetivo de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO, considerando -como se ha expuesto ampliamente en el numeral anterior del presente análisis- las obligaciones expresamente establecidas en los numerales 5.1.1 al 5.1.5, 5.2. al 5.2.4 y 5.2.5 al 5.2.7 del ANEXO 12, considerando para ello, lo previsto en las cláusulas 46 y 2.12 de dicho CONTRATO, atendiendo adicionalmente a la regulación emitida por el OSIPTEL que resultaba aplicable (Reglamento de Calidad, Tuo de las Condiciones de Uso, METODOLOGÍA).

De esta manera, como señala la DFI en su Informe Final de Instrucción, acorde con lo previsto en el CONTRATO, tales valores objetivos se pueden resumir en las siguientes tablas:

Tabla N° 3: Requisitos de Calidad de Servicio (Quality of Service - QoS)

Table with 3 columns: Disponibilidad de enlaces, Valor, and Medición. Rows include Red Core (99.999%), Red Agregación (99.999%), Red de Agregación (Puerto Maldonado y Pucallpa) (99.9%), Red de Distribución (99.7%), and Red de Conexión (99.6%).

Fuente: ANEXO 12

Tabla N° 4: Interrupciones del Servicio

Table with 2 columns: Tipo de Falla and Tiempo. Rows include En los equipos de la Red Core, En los equipos de un Nodo de Agregación, En los equipos de los Nodos de Distribución y de Conexión, and En las Redes de Core y de Agregación (Zona Costa).

30 En virtud de lo dispuesto por la Norma que modifica el Reglamento General de Supervisión, aprobada por Resolución N° 00259-2022-CD/OSIPTEL

31 CLAUSULA 19: SUPERVISION Y MONITOREO DE LA EXPLOTACION

19.1 Para la aplicación de la presente clausula, se consideran acciones de supervisión todo acto del Concedente y del OSIPTEL que dentro del marco de sus funciones y bajo cualquier modalidad, calificada o no como una auditoria, 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.





	Zona Sierra	Dentro de las doce (12) horas siguientes a la ocurrencia de dicho corte el 90% de las veces de ocurrencia por año.
	Zona Selva	Dentro de las dieciocho (18) horas siguientes a la ocurrencia de dicho corte el 90% de las veces de ocurrencia por año.
En la Red de Distribución (conexiones entre Nodos de Distribución y Nodos de Agregación)	Nivel Nacional	Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la ocurrencia de dicho corte.
En la Red de Conexión (conexiones entre Nodos de Conexión y Nodos de Distribución)	Nivel Nacional	Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la ocurrencia de dicho corte.

Fuente: ANEXO 12

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

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

No obstante, el que la empresa operadora cuente con dicha potestad y además la ejecute, no quiere decir que la labor supervisora del OSIPTEL y las obligaciones involucradas queden suspendidas, considerando lo señalado en la Cláusula 66 del CONTRATO, cuando dispone que *durante el desarrollo del arbitraje las partes continuarán con la ejecución de sus obligaciones contractuales, en la medida en que sea posible, inclusive con aquellas que son materia del arbitraje*; considerando adicionalmente que, en tal contexto, el CONTRATO en la indicada cláusula 19, lo faculta a realizar las actividades de supervisión, fiscalización y sanción que le competen, respecto de la prestación del servicio portador; adoptando los mecanismos previstos en la normativa en caso de incumplimiento.

De otro lado, si bien AZTECA alude como antecedente a la Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTEL, sustentada en el Informe N° 00142-GPRC-GAL/2017, que dispuso la suspensión del procedimiento administrativo de emisión de un Mandato de Acceso a Facilidad Complementaria hasta obtener la decisión arbitral sobre el alcance de la obligación de prestar la facilidad complementaria de coubicación; es de considerar que en tal caso, se evaluó que justamente había sido sometido a arbitraje la obligación de la empresa operadora de brindar la Facilidad Complementaria de coubicación de equipos en los nodos de la RDNFO, con lo cual, no podría el OSIPTEL emitir el Mandato de Acceso correspondiente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

No obstante, una situación diferente se verifica en el presente caso, puesto que -tal y como se ha señalado- las obligaciones que han sido supervisadas en el presente PAS devienen de lo dispuesto expresamente en el CONTRATO, a través del ANEXO 12; lo cual no se encuentra supeditado a lo que pudiera resolver un Tribunal Arbitral.

Corresponde indicar que en esa línea, en cuanto a la aplicación del artículo 13° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el razonamiento expuesto en la citada Resolución N° 084-2017-CD/OSIPTTEL, el Consejo Directivo en la citada Resolución N° 060-2021-CD/OSIPTTEL, ha señalado lo siguiente:

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

En efecto, tal como lo precisa el Consejo Directivo, es de considerar 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; mas aun cuando -tal y como se ha señalado- el OSIPTTEL viene supervisando obligaciones previstas expresamente en el CONTRATO suscrito por AZTECA³².

De otro lado, tampoco corresponde la aplicación del artículo 108° del Reglamento General del OSIPTTEL, pues dicha norma establece la ejecutabilidad inmediata de las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTTEL; 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 Judicial³³, 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.

³² A mayor abundamiento, es pertinente señalar que en la sentencia recaída en el Expediente N° 02829-2013-PC/TC, el Tribunal Constitucional ha reconocido que “el artículo 13° de la LOPJ no contiene un mandato cierto y claro y además está sujeto a controversia compleja y a interpretaciones dispares”.

³³ **Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTTEL y suspensión de procedimientos**
Las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTTEL se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnativos que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por un órgano funcional cuando el superior jerárquico de dicho órgano o el Poder Judicial de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución o decisión impugnada.
Los órganos del OSIPTTEL 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.





Por lo expuesto, quedan desestimados los argumentos de AZTECA en este extremo, desestimándose su solicitud de suspensión del presente PAS.

1.3 Sobre el Principio de Razonabilidad.-

En cuanto a la razonabilidad del inicio del presente PAS, cabe aludir al Principio de Razonabilidad, el mismo que se encuentra reconocido a nivel legal a través del numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, por el cual las decisiones de la autoridad administrativa cuanto creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Acorde con lo indicado, es de considerar que el inicio de un PAS no necesariamente supone la conclusión inevitable de la imposición de una multa, por ende, no constituye un Exceso de Punición per se; sin embargo, de ser el caso, la LDFF en su artículo 30º y el numeral 3 del artículo 248º del TUO de la LPAG, también contienen los criterios a considerar para la imposición y gradación de la misma, dentro de los cuales se encuentra la razonabilidad y proporcionalidad. Tales criterios serán analizados posteriormente en el punto III. del presente pronunciamiento.

Sin perjuicio de ello, en lo referente a la decisión de iniciar un procedimiento sancionador, es decir, en el primer momento en el que se opta por la medida que contrarrestará el comportamiento infractor del administrado, es necesario que la decisión que se adopte también cumpla con los parámetros del test de razonabilidad, lo que conlleva la observancia de sus tres (3) dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad. Así, tenemos:

En relación a la adecuación, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado. En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que, de imponerse la sanción, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones. En otros términos, la sanción tiene un efecto disciplinador.

En el presente caso, el inicio del presente PAS lo determinó la relevancia del bien jurídico protegido por la norma cuyo incumplimiento se imputa; debiendo considerarse que en el presente caso, la cláusula 22 del CONTRATO prevé como condiciones esenciales aplicables al Servicio Portador y Facilidades Complementarias, el cumplimiento de cada uno de los compromisos asumidos por el Concesionario referidos a los Niveles de Servicio (SLA) -como los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO- previstos en el numeral 5. del ANEXO 12; siendo que el objetivo del artículo 6º del RGIS que tipifica su incumplimiento, es asegurar la eficiente prestación del servicio, el cual debe otorgarse con calidad eficiencia y continuidad, conforme se señala en Exposición de Motivos de dicha norma³⁴.

³⁴ Exposición de Motivos del RGIS:

“Incumplimiento de condiciones esenciales del contrato de concesión (Artículo 6º)

El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general. Mediante la concesión se organiza la prestación de un servicio público por un determinado tiempo, actuando el concesionario por su propia cuenta y





Así, debe tenerse en cuenta para el caso bajo análisis, que el incumplimiento de la disponibilidad de los enlaces, conlleva el aislamiento del nodo afectado, para recibir y enviar información; y, en el caso de los cortes de fibra óptica y fallas de equipos que forman parte del nodo, los tiempos de reparación previstos en el CONTRATO, justamente buscan evitar la afectación de la disponibilidad de los enlaces.

Con lo cual, el incumplimiento de los respectivos indicadores se traduce en que el servicio portador no cuente con las condiciones mínimas que garanticen su correcta prestación, trayendo como consecuencia que la RDNFO no se encuentre en óptimas condiciones para que puedan brindarse los servicios públicos de telecomunicaciones.

Sobre el juicio de necesidad, debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con similar eficacia con los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

En efecto, debe indicarse que los diversos mecanismos para la ejecución de las acciones de fiscalización, resultan aplicables de acuerdo a la naturaleza de las conductas objeto de verificación y a las particularidades de cada bien jurídico protegido.

Cabe señalar que el Reglamento General de Fiscalización según el texto vigente, tanto al momento de realizada la supervisión que dio origen al presente PAS, como al momento del inicio del mismo- establecía la figura de la “Comunicación Preventiva”³⁵, como aquella que comunica el resultado del monitoreo respecto de una obligación, con la finalidad que la empresa operadora adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados.

De acuerdo a ello, tenemos que si bien el enfoque de prevención en la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL se encontraba materializado en la realización de monitoreos a través de los cuales se buscaba tomar conocimiento del comportamiento de las empresas operadoras y, de ser el caso, prevenir la comisión de futuras infracciones; tal situación no se verificó en el presente caso, resultando inaplicable la Comunicación Preventiva, pues los hechos que dieron inicio al presente PAS fueron analizados en el marco de una supervisión -y no de un monitoreo- iniciada en el año 2019.

De igual forma, tampoco resultaba de aplicación al momento de iniciar el presente PAS, una “Medida de advertencia”, al no encontrarse dentro de los supuestos contemplados en el anterior artículo 30³⁶ de la Resolución indicada, vigente al iniciarse el procedimiento de supervisión.

riesgo, y su labor o prestación será retribuida con el pago que realizan los usuarios. La concesión se desarrolla según el régimen legal vigente y el contrato acordado, cuyo objeto fundamental es asegurar la eficiente prestación del servicio, la cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad. De ahí la trascendencia de las condiciones esenciales establecidas en el mismo, cuyo cumplimiento se plantea asegurar en términos similares a los previstos en el artículo 4° del RGIS.”

³⁵ **Artículo 7.- Comunicación Preventiva**

La Gerencia de Fiscalización y Supervisión podrá comunicar a la entidad supervisada el resultado del monitoreo respecto de una determinada obligación, con la finalidad que ésta adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados. (Subrayado agregado)

³⁶ **Artículo 30º.- Medidas de Advertencia**

Llevada a cabo la o las acciones de supervisión y constatado uno o varios hechos que constituyan incumplimiento, se podrá comunicar a la entidad supervisada una medida de advertencia en la cual se deje constancia del referido hecho y la posibilidad de aplicársele, de persistir en su comisión, las medidas o sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.

La medida de advertencia a ser comunicada será establecida por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión mediante un documento escrito dirigido a la entidad supervisada que adjunte el Informe de Supervisión que lo sustenta, al que se hace referencia en el artículo 15 del presente Reglamento.





Resulta necesario precisar que, si bien la Resolución N° 00259-2021-CD/OSIPTTEL vigente desde el 08 de enero de 2022, que modificó el Reglamento General de Fiscalización, mantiene el enfoque preventivo previsto en la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTTEL, incluyendo para tal efecto, la regulación de las “fiscalizaciones preventivas”; debe considerarse, que habiéndose concluido la supervisión que dio pie al inicio del presente PAS, no cabría la aplicación de tales modificaciones³⁷.

Sin perjuicio de ello, en cuanto a la posible aplicación de una “fiscalización preventiva” que podría dar lugar a la emisión de una “Alerta Preventiva”³⁸, debe considerarse que las mismas se disponen con el objetivo -entre otros- de prevenir la comisión de acciones; lo cual, no habría resultado de aplicación al presente caso, en la medida que la DFI, detectó en la etapa de supervisión la comisión de la infracción materia del presente PAS.

De otro lado, respecto de la imposición de una Medida Correctiva, establecida en el artículo 23³⁹ del RGIS cabe resaltar que ello es una facultad del OSIPTTEL; es decir, la elección de dichas medidas no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad; optándose por la medida administrativa que resulte proporcional a los fines que se pretende alcanzar a fin que la empresa operadora ajuste su conducta al cumplimiento del marco normativo.

Al respecto, debe considerarse que, en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 00056-2017-CD/OSIPTTEL -que modificó el RGIS-, se sugiere que las Medidas Correctivas se apliquen en casos de infracciones administrativas de reducido beneficio

Basado en el principio de Razonabilidad, la medida de advertencia se podrá emitir en los siguientes casos:

- a) Cuando el incumplimiento versa sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de dicha entrada en vigencia.
- b) En el marco de la primera acción de supervisión sobre determinada materia que se realiza a una entidad supervisada dentro del primer año en que, en virtud de su reciente título habilitante, inicia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
- c) Que el incumplimiento detectado en la acción de supervisión haya sido corregido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de su detección y comunicado al OSIPTTEL a más tardar al día hábil siguiente del vencimiento de dicho plazo, así como que se estime que la conducta infractora no causó daño efectivo o potencial.
- d) Cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la que se refiere el artículo 16 del presente Reglamento, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria Final.
- e) Que la entidad supervisada se exceda hasta en tres (3) días del plazo establecido para la entrega de información solicitada mediante escrito del OSIPTTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio. (...)

Se excluye la posibilidad de comunicar medidas de advertencia ante o uno varios hechos que constituyan incumplimiento, cuando:

- a) El incumplimiento se encuentre tipificado como infracción muy grave.
(...)
(Subrayado agregado)

³⁷ Es necesario señalar que la **DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL ÚNICA** establece su entrada en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, precisando que sus disposiciones no son aplicables a las fiscalizaciones en curso, salvo en lo que resulten más favorables.

³⁸ **Artículo 30.- Alertas Preventivas**

El órgano competente para realizar las actividades de fiscalización podrá emitir una Alerta Preventiva, a fin que la entidad fiscalizada informe al OSIPTTEL las acciones que adoptará para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento de la obligación fiscalizada.

³⁹ **Artículo 23.- Medidas Correctivas**

Las medidas correctivas constituyen disposiciones específicas que tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o en los Contratos de Concesión respectivos. Mediante la imposición de una medida correctiva, los órganos competentes del OSIPTTEL para imponer sanciones, ordenan a las Empresas Operadoras realizar una determinada conducta o abstenerse de ella, con la finalidad de que cumpla con determinadas obligaciones legales o contractuales.

Las medidas correctivas establecerán los mecanismos adecuados que permitan su debido cumplimiento, así como el respectivo plazo para que éste se produzca, cuando corresponda.





ilícito, cuya probabilidad de detección sea elevada y en la que no se han presentado factores agravantes, de modo tal que la multa a ser aplicada es de una cuantía considerablemente reducida o nula.

Al respecto, debe considerarse que no es la primera vez que AZTECA incurre en las infracciones mencionadas precedentemente, dado que ha sido sancionada por el incumplimiento de las condiciones esenciales del CONTRATO, representada en el incumplimiento de los indicadores de calidad (SLA) TR - NODO y TR-FO, en el periodo de evaluación para el año 2017⁴⁰, a través de la Resolución N° 00315-2019-GG/OSIPTTEL de fecha 20 de diciembre de 2019, la misma que fue confirmada por el Consejo Directivo del OSIPTTEL mediante la Resolución N° 00060-2021-CD/OSIPTTEL, de fecha 12 de abril de 2021; asimismo, cabe indicar que, dicha empresa operadora ha sido sancionada en primera instancia respecto del incumplimiento del indicador DE en los períodos 2017 y 2018, a través de las Resoluciones N° 00172-2021-GG/OSIPTTEL⁴¹ y N° 00481-2021-GG/OSIPTTEL⁴² de fechas 27 de mayo y 07 de diciembre de 2021, confirmadas por la Gerencia General a través de las Resoluciones N° 0335-2021-GG/OSIPTTEL y N° 0075-2022-GG/OSIPTTEL de fechas 08 de setiembre de 2021 y 16 de marzo de 2022; razón por la cual se considera necesaria que se adopte una medida lo suficientemente disuasiva, a fin de que dicha empresa operadora -en lo sucesivo- ajuste su conducta.

De igual forma, es preciso recordar que AZTECA es una empresa especializada en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, quien desarrolla una actividad que le ha sido encargada mediante una concesión otorgada por el Estado Peruano. Por ello, se encuentra obligada a contar con las herramientas e infraestructuras adecuadas y el nivel de capacitación necesario de su personal, a fin de dar cumplimiento a la normativa aplicable en el presente caso.

Finalmente, en relación al juicio de proporcionalidad, este criterio busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, vinculándose este parámetro con el juicio de necesidad. Así, es de señalar que el inicio del presente PAS busca que se cumpla con lo establecido por la norma.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, a consideración de esta Instancia, la trascendencia del bien jurídico protegido, así como la gravedad de las conductas en las que la empresa operadora ha incurrido, determinan que el inicio del PAS resulte la medida proporcional a fin de cautelar el cumplimiento de las obligaciones previstas como condiciones esenciales del CONTRATO, traducido en los valores objetivos de los indicadores de calidad (SLA).

De lo anteriormente señalado, se aprecia que el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan que el inicio del mismo, por lo que se ajusta a una medida idónea, necesaria y proporcional.

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

Una vez determinada la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 6° del RGIS; corresponde que esta Instancia evalúe si se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG, como en el artículo 5° del RGIS y modificatorias⁴³.

⁴⁰ Expediente N° 00050-2019-GG-GSF/PAS

⁴¹ Expediente N° 00028-2020-GG-DFIPAS.

⁴² Expediente N° 00060-2021-GG-DFI/PAS

⁴³ Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTTEL.





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

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

- La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
- La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
- La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
- La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.





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

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

En esa línea, Nieto⁴⁴ –haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español- señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad, y, de ser el caso, atenuantes.

En el presente caso, en línea con lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción, debe señalarse que en el presente caso, por la naturaleza misma de la infracción, es decir, el incumplimiento de condiciones esenciales establecidas como tales en el CONTRATO, no puede presentarse la figura del cese de la conducta infractora, al haberse incumplido los niveles de servicio (SLA) establecidos para el indicador DE, TR-NODO y TR-FO durante el año 2019; siendo que dicha situación no varía (no cesa) aún por un algún posible cumplimiento posterior por parte de la empresa operadora en los siguientes periodos de evaluación, pues éstos últimos constituyen por sí mismos nuevos períodos distintos e independientes.

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

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

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.-

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

A fin de determinar la graduación de las sanciones a imponer por las infracción administrativa evidenciada, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés

⁴⁴ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.





público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. Así, procede el siguiente análisis:

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

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

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

En el presente caso, la magnitud del beneficio obtenido por la comisión de las infracciones por el incumplimiento de las condiciones esenciales del CONTRATO respecto de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO, se encuentra representado por los costos involucrados en todas aquellas actividades (visitas correctivas y/o de mantenimiento⁴⁵) destinadas a solucionar los eventos (daño a la infraestructura, hurto, robo, vandalismo, eventos de origen natural, etc.) que interrumpieron la disponibilidad de los enlaces en cada uno de los nodos de Core, Agregación, Distribución y Conexión de la RDNFO; así como la reparación de los cortes de fibra óptica y fallas de los equipos en nodo, en los tiempos previstos expresamente en el CONTRATO.

ii. Probabilidad de detección de la Infracción:

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

En atención a ello, tomando en cuenta la naturaleza de las infracciones materia del presente PAS, se concluye que la probabilidad de detección por el incumplimiento de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO es media (0.50) en cada caso, puesto que para la detección del incumplimiento se requirió la verificación, comparación y análisis -considerando la METODOLOGÍA- de la información disponible a través del Sistema de Reportes de Interrupciones de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (SISREP), la información reportada por la empresa infractora, los indicadores de calidad establecidos en el CONTRATO.

⁴⁵ Estos costos se actualizaron a soles del año 2019 mediante el Índice de Precios al por Mayor.





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

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

En el presente caso, se verificó la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 6° del RGIS, por parte de AZTECA, al incumplir los Niveles de Servicio (SLA) previstos en el ANEXO 12; específicamente, el incumplimiento de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO, establecidos como condiciones esenciales del Contrato de Concesión de la Red Dorsal de Fibra Óptica.

De conformidad con lo señalado por el artículo 6° del RGIS, tales incumplimientos configuran cada uno, infracción muy grave; siendo que, acorde con lo previsto en el artículo 25° de la LDFF, la escala de multas para las infracciones graves es de ciento cincuenta y un (151) UIT y trescientas cincuenta (350) UIT.

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

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

Asimismo, tal y como se ha señalado, debe tenerse en cuenta, que el incumplimiento de la disponibilidad de los enlaces, conlleva el aislamiento del nodo afectado, para recibir y enviar información; y, en el caso de los cortes de fibra óptica, y fallas de equipos en nodo, los tiempos de reparación previstos en el CONTRATO, justamente buscan evitar la afectación de la disponibilidad de los enlaces; con lo cual, el incumplimiento de los respectivos indicadores se traduce en que el servicio portador no cuente con las condiciones mínimas que garanticen su correcta prestación, trayendo como consecuencia que la RDNFO no se encuentre en óptimas condiciones para que puedan brindarse los servicios públicos de telecomunicaciones.

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

iv. Perjuicio económico causado:

Al respecto, si bien no existen elementos objetivos que permitan determinar el perjuicio económico causado por los incumplimientos detectados, no debe





perderse de vista que conforme se indica en la Exposición de Motivos del aludido Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, la titularidad de la RDNFO corresponde en todo momento al Estado, considerando que el proyecto es cofinanciado con fondos públicos; siendo así, y atendiendo a que en virtud de la cláusula 5. se otorgó a dicha empresa operadora el derecho de explotación económica de la RDNFO; se esperaba que aquella por su parte dé estricto cumplimiento a las condiciones pactadas en el CONTRATO.

v. Reincidencia en la comisión de la infracción:

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

vi. Circunstancias de la comisión de la infracción:

En el presente caso, se advierte que AZTECA no actuó de manera diligente con respecto a la infracción imputada en el presente PAS, toda vez que a pesar de conocer las obligaciones esenciales a la que se encontraba sujeta, conforme se ha señalado con anterioridad, se verificó durante el año 2019, los siguientes incumplimientos:

- a) Del indicador DE respecto treinta y cinco (35) nodos de la RDNFO, en los que los valores objetivos obtenidos se encuentran por debajo de lo establecido en los numerales 5.1.2, 5.1.4 y 5.1.5 del ANEXO 12 - Especificaciones Técnicas del CONTRATO.
- b) Del indicador TR-NODO, respecto de tres (03) incidencias en las que AZTECA incumplió con el tiempo máximo de reparación establecido en los numerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del ANEXO 12 - Especificaciones Técnicas del CONTRATO.
- c) Del indicador TR-FO, respecto de trece (13) incidencias que afectaron la RDFO en el tramo de Distribución - Agregación y Conexión – Distribución, al no haber cumplido con el tiempo máximo de reparación establecido en los numerales 5.2.6 y 5.2.7 del ANEXO 12 - Especificaciones Técnicas del CONTRATO.

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

Asimismo, debe considerarse que no es la primera vez que AZTECA incurre en las infracciones mencionadas precedentemente, dado que ha sido sancionada por el incumplimiento de las condiciones esenciales del CONTRATO, representada en el incumplimiento de los indicadores de calidad (SLA) TR-NO y TR-FO, en el periodo de evaluación para el año 2017; a través de la Resolución N° 00315-2019-GG/OSIPTEL de fecha 20 de diciembre de 2019, la misma que fue confirmada por el Consejo Directivo del OSIPTEL mediante la Resolución N° 00060-2021-CD/OSIPTEL, de fecha 12 de abril de 2021.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

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

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

Por tanto, atendiendo a los hechos acreditados en el presente PAS, así como, luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el TUO de la LPAG (en específico, a los criterios de “beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción”, “la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido” y “Circunstancias de la comisión de la infracción”), correspondería sancionar a AZTECA con TRES (03) MULTAS, cada una de CIENTO CINCUENTA Y UN (151) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RGIS.

No obstante, cabe resaltar que uno de los Principios que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública es el Principio de Irretroactividad, contemplado en el numeral 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG, el cual establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción por parte de los administrados⁴⁶; sin embargo, dicho principio tiene como excepción a la retroactividad benigna.

Al respecto, la aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se le aplica una norma que entró en vigencia después de que este se produjera; es decir, en el supuesto de que una nueva norma establezca de manera integral una consecuencia más beneficiosa en comparación con la norma que estuvo vigente cuando se cometió la infracción, debe aplicarse retroactivamente la nueva norma por ser más beneficiosa, pese a que ella no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito. De acuerdo a la precitada disposición del TUO de la LPAG, las disposiciones sancionadoras posteriores deberán referirse a la (i) tipificación de la infracción, (ii) los plazos de prescripción o (iii) la sanción en sí.

Dicho eso, debe de señalarse que con fecha 11 de diciembre de 2021, se publicó la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL a través de la cual se aprobó la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL (Metodología de Multas - 2021), la cual entró en vigencia el 1 de enero del 2022⁴⁷.

Ahora bien, respecto al análisis de favorabilidad entre la Metodología de Multas - 2021 con la Guía de Cálculo - 2019, siendo que esta última resultaría aplicable, al ser la norma vigente al momento de la comisión de las infracciones, el Consejo Directivo ha señalado que⁴⁸:

“(…) la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021, respecto a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, podría fijar una cuantía menor

⁴⁶ **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.

⁴⁷ Véase la Primera Disposición Complementaria Final de la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

⁴⁸ En la Resolución N° 065-2022-CD/OSIPTEL, emitida en el Expediente 0001-2021-GG-DFI/PAS, la cual se encuentra publicada en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/u43k1pli/resol065-2022-cd.pdf>.





en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto.

En ese sentido, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna.”

Considerando lo mencionado, en este caso se tiene el siguiente cuadro comparativo entre las multas calculadas bajo los criterios contenidos en la Guía de Cálculo - 2019 y la multa calculada bajo los criterios de la Metodología de Multas - 2021:

Tabla N° 5: Comparativo de Multas

Tipificación de la infracción	Indicador SLA evaluado	Metodología de Cálculo de Multas - 2021	Guía de Multas - 2019
Artículo 6° del RGIS	DE	77,3	151
Artículo 6° del RGIS	TR-NODO	2,4	151
Artículo 6° del RGIS	TR-FO	16,3	151

Fuente: DPRC

Considerando lo mencionado, en este caso se tiene que en virtud de los criterios contenidos en la Guía de Cálculo - 2019⁴⁹ si bien se calculó que las multas por las infracciones imputadas **ascendían a 151 UIT**⁵⁰ cada una; sin embargo, con la Metodología de Multas - 2021, se tiene que **las multas base ascienden a 77,3; 2,4 y 16,3 UIT**, respecto de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO, respectivamente; advirtiéndose de esa forma que esta última Metodología resulta más favorable a AZTECA, en la medida que implica una reducción de las multas a imponer.

Asimismo, en atención a lo señalado por el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 106-2022-CD/OSIPTEL de fecha 28 de junio de 2022⁵¹, a través de la cual dispuso que las instancias administrativas de esta Entidad que resuelven procedimientos deben remitir el cálculo de la cuantía de las multas impuestas en los procedimientos administrativos sancionadores conjuntamente con las resoluciones; corresponde remitir a AZTECA el cálculo de las multas a imponer bajo ambas metodologías (Anexo 1 del presente pronunciamiento).

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

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

⁴⁹ Sustentada en el Informe N°152-GPRC/2019, aprobado por el Consejo Directivo mediante Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019

⁵⁰ Cabe precisar que, conforme se señala en la Guía de Cálculo - 2019, “el marco legal vigente para la aplicación de sanciones establece que las multas a imponer sean graduadas con arreglo a la escala de multas determinada para cada tipo de infracción: leve, grave y muy grave. Por consiguiente, cuando la estimación de la multa de una conducta infractora se encuentre fuera del rango establecido para la tipificación de la infracción, debe ser reconducida al umbral correspondiente”.

⁵¹ Emitida bajo el Expediente N° 00103-2019-GG-GSF/PAS.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

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

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

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

- Reconocimiento de responsabilidad: De los actuados del expediente se advierte que AZTECA no ha reconocido su responsabilidad de forma expresa y por escrito en ninguna etapa del presente procedimiento. En tal sentido, no corresponde la aplicación del referido atenuante.
- Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: De acuerdo a lo señalado en el numeral 3. del presente análisis, no es posible el cese de la infracción por la naturaleza de la misma.
- Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa: Dada la naturaleza de las obligaciones incumplidas, a consideración de esta Instancia, no se puede efectuar la reversión de los efectos de las conductas infractoras, en la medida que, conforme lo precisa el CONTRATO, los Niveles de Servicio (SLA) constituyen los requisitos de calidad y condiciones de continuidad con los que debe prestarse el servicio portador; siendo así, el incumplimiento de AZTECA de los indicadores DE, TR-NODO y TR-FO durante el periodo supervisado 2019, se traduce en que dicho servicio no fue brindado en tal periodo con las condiciones previstas como condiciones esenciales en el CONTRATO; situación que no podría revertirse con un cumplimiento posterior.
- Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora: AZTECA no ha comunicado ni acreditado la implementación de medidas que garanticen la no repetición de las conductas infractoras tipificadas en el artículo 6° del RGIS.

3.3 Capacidad económica del sancionado.-

El artículo 25° de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, toda vez que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2019, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por AZTECA en el año 2018.

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL y de acuerdo con el





artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Desestimar la solicitud de suspensión el presente Procedimiento Administrativo Sancionador planteada por la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- SANCIONAR a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. con una multa de **77,3** UIT por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 6° del Reglamento General de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL respecto del incumplimiento del indicador Disponibilidad de Enlaces en el periodo de evaluación del año 2019, en el caso de treinta y cinco (35)⁵² nodos de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, previsto en los numerales 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4 y 5.1.5 del Anexo 12 - Especificaciones Técnicas del Concurso de Proyectos Integrados, el mismo que forma parte del Contrato de Concesión de dicha Red; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- SANCIONAR a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. con una multa de **2,4** UIT por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 6° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL respecto del incumplimiento del indicador Tasa de Reparación de Fallas de Equipos en Nodo en el periodo de evaluación del año 2019, en el caso de tres (03)⁵³ incidencias en la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, previsto en los numerales 5.2.2, 5.2.3 y 5.2.4 del Anexo 12 - Especificaciones Técnicas del Concurso de Proyectos Integrados, el mismo que forma parte del Contrato de Concesión de dicha Red; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4°.- SANCIONAR a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. con una multa de **16,3** UIT por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 6° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL respecto del incumplimiento del indicador Tasa de Reparación de Cortes de Fibra Óptica en el periodo de evaluación del año 2019, en el caso de trece (13)⁵⁴ incidencias, previsto en los numerales 5.2.5 y 5.2.7 del Anexo 12 - Especificaciones Técnicas del Concurso de Proyectos Integrados, el mismo que forma parte del Contrato de Concesión de dicha Red; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 5°.- Las multas que se cancelen íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, serán reducidas en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sean impugnadas, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18° del Reglamento de

⁵² Enlaces de los nodos: PUNO, TRUJILLO, IÑAPARI, 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, TAMBOBAMBA, CHACATAMA, CHINCHOS, JUMAR, LA CALDERA, MAYA MAYA, OVAS, PUENTE PAUCARTAMBO, SAN AGUSTIN, SAN LORENZO, TUNASPAMPA

⁵³ Registros: INC000000038984, INC000000035386, INC000000031671

⁵⁴ Registros: INC000000031445, INC000000031614, INC000000031632, INC000000031732, INC000000032553, INC000000032554, INC000000035060, INC000000035940, INC000000037210, INC000000037933, INC000000038919, INC000000032564, INC000000035438





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 6°.- Notificar la presente Resolución a la empresa AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C., conjuntamente con su Anexo 1.

Artículo 7°.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe) y en el Diario Oficial "El Peruano", en cuanto haya quedado firme.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL

