

Regístrese, comuníquese y publíquese,

JESÚS OTTO VILLANUEVA NAPURÍ
Presidente Ejecutivo (E)
Consejo Directivo

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL.

² El Consejo Directivo del Osiptel a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

2250183-1

Declaran infundado Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 326-2023-GG/OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00353-2023-CD/OSIPTEL

Lima, 29 de diciembre de 2023

EXPEDIENTE N°	: 140-2022-GG-DFI/PAS
MATERIA	: Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA PERÚ S.A.C., contra la Resolución N° 326-2023-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 326-2023-GG/OSIPTEL,

(ii) El Informe N° 390-OAJ/2023 del 13 de diciembre de 2023, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica, y;

(iii) El Expediente N° 140-2022-GG-DFI/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante la carta N° 2520-DFI/2022 notificada el 18 de octubre de 2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado lo siguiente respecto al servicio de telefonía móvil:

Norma Incumplida	Tipificación	Conducta	Calificación	
Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones ¹ (en adelante, Reglamento de Calidad)	Numeral 8.2 del artículo 8	Ítem 18 del Anexo 2	Haber presentado 5 ² períodos de interrupción calificados como eventos críticos en el departamento de Loreto, toda vez que el tiempo ponderado de afectación de cada una de tales interrupciones fue mayor de 180 minutos y sobre los cuales se ha determinado que su ocurrencia es responsabilidad de TELEFÓNICA.	Grave

1.2. A través de la Resolución N° 235-2023-GG/OSIPTEL, notificada el 18 de julio de 2023, la Primera Instancia resolvió lo siguiente:

Norma Incumplida	Conducta	Ticket	Multa	
Reglamento de Calidad	Numeral 8.2 del artículo 8	Haber presentado 5 períodos de interrupción calificados como eventos críticos en el departamento de Loreto, toda vez que el tiempo ponderado de afectación de cada una de tales interrupciones fue mayor de 180 minutos y sobre los cuales se ha determinado que su ocurrencia es responsabilidad de TELEFÓNICA.	N° 202114390.2	49,3 UIT
			N° 202115417.2	49,3 UIT
			N° 202117908.2	48,6 UIT
			N° 202118552.2	48,3 UIT
		N° 202121938.2	43,4 UIT	

1.3. El 31 de julio de 2023, mediante carta N° TDP-3269-AR-ADR-23, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 235-2023-GG/OSIPTEL, el cual fue declarado infundado a través de la Resolución N° 326-2023-GG/OSIPTEL, notificada el 18 de setiembre de 2023.

1.4. En dicho recurso, la empresa operadora solicitó una audiencia de informe oral; no obstante, el referido pedido fue denegado mediante la carta N° 549-GG/2023.

1.5. El 9 de octubre de 2023, mediante la carta S/N, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 326-2023-GG/OSIPTEL

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones³ (en adelante, RGIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad

Las empresas operadoras tienen la obligación de prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida, conforme al artículo 445 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones⁶; no obstante, tal como lo reconoce el Reglamento de Calidad, respecto a aquellas interrupciones calificadas como evento crítico -cuya duración es mayor a 90 o 180 minutos-⁷, las empresas operadoras podrán exonerarse solo si el origen de la interrupción no es de su responsabilidad y si, además, acredita que actuó con la diligencia debida en todos los casos imputados, de acuerdo a lo previsto en el numeral 5 del Anexo 38 de dicha norma.

En dicho marco, a través de la Resolución N° 235-2023-GG/OSIPTEL, la Primera Instancia sancionó a TELEFÓNICA por el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 8.2 del artículo 8 del Reglamento de Calidad, en tanto -durante el segundo semestre de 2021- se verificaron 5 períodos de interrupción calificados como eventos críticos en el departamento de Loreto -imputados

inicialmente mediante la carta N° 2520-DFI/2022-, toda vez que el tiempo ponderado afectado de dichas interrupciones fue mayor a 180 minutos, conforme se advierte a continuación:

Ticket	Duración de interrupción	Tiempo Ponderado	Zona Afectada	Fecha de inicio de interrupción	Fecha de fin de interrupción
202114390.2	381	381	Loreto	22/07/2021 13:59:00	22/07/2021 20:20:00
202115417.2	250	250	Loreto	4/08/2021 13:15:00	4/08/2021 17:25:00
202117908.2	240	240	Loreto	2/09/2021 13:20:00	2/09/2021 17:20:00
202118552.2	435	435	Loreto	9/09/2021 05:47:00	9/09/2021 13:02:00
202121938.2	233	223.06	Loreto	12/10/2021 13:22:00	12/10/2021 17:15:00

Fuente: Página 38 del Informe N° 251-DFI/2022

Al respecto, si bien TELEFÓNICA acreditó que los 5 períodos de interrupción imputados tuvieron como origen daños / vandalismo, dicha empresa operadora no demostró que actuó con la diligencia debida para garantizar la restitución del servicio a efectos de excluirse de la evaluación de evento crítico, razón por la cual se determinó que su ocurrencia fue su responsabilidad, incurriendo, de este modo, en la comisión de 5 infracciones graves tipificadas en ítem 189 del Anexo 2 del Reglamento de Calidad, siendo sancionada con 5 multas cuyo monto total asciende a 238,9 UIT.

En esa línea, conforme se advierte de lo antes expuesto y contrariamente a lo señalado por la empresa operadora, esta no fue sancionada por no contar con una red de respaldo y, por ello, no poder reponer el servicio, sino por el incumplimiento del numeral 8.2 del artículo 8 del Reglamento de Calidad.

Adicionalmente, cabe indicar que, este Organismo no ha solicitado a TELEFÓNICA contar con una red de respaldo sino, por el contrario, que dicha empresa operadora cumpla con la obligación de continuidad para lo cual debe garantizar que su red sea la adecuada. Así, por ejemplo, la empresa operadora debió acreditar que fue diligente en incluir en su diseño de red para la prestación del servicio un respaldo ante la ocurrencia de situaciones como las presentadas, con lo cual se garantice el menor tiempo de afectación a los usuarios debido a una interrupción en el servicio.

Ahora bien, corresponde señalar que TELEFÓNICA no acreditó la debida diligencia para la restitución del servicio en los 5 casos imputados en el presente PAS, en tanto su red de respaldo no contaba con mecanismos de protección implementados considerando, a su vez, que el hecho se produjo en su red de transporte afectando a los usuarios de la ciudad de Iquitos, al no contar con el servicio de acceso a internet.

Así, dicha empresa operadora sostuvo que, a partir del 19 de diciembre de 2021, contaba con una red de respaldo de fibra óptica en el tramo de Nueva Fortuna (Iquitos) a través de la empresa operadora América Móvil Perú S.A.C., lo cual –a su entender- demostraba diligencia en la medida que contaría con infraestructura de respaldo, debiendo ello ser considerado a efectos de la graduación de la multa a ser impuesta en el extremo de la aplicación del atenuante de responsabilidad referente a la implementación de mejoras que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

No obstante, luego de la evaluación de los medios probatorios que acreditarían lo antes indicado¹⁰, tanto la DFI como la Primera Instancia concluyeron que no se sustentó que dicha red de respaldo efectivamente se haya implementado, ni en qué medida dicho enlace de fibra óptica evitaría a futuro la comisión de la conducta infractora, razón por la cual no se aplicó el citado atenuante de responsabilidad.

Por tanto, no existe vulneración alguna al Principio de Tipicidad, razón por la cual corresponde desestimar el argumento analizado en este acápite.

3.2. Sobre la supuesta vulneración al derecho de defensa

El incumplimiento analizado en el presente PAS se configura cuando la interrupción supera el tiempo

establecido en el Reglamento de Calidad –superior a 180 minutos, en el presente caso-, siendo que las acciones diligentes desplegadas por la empresa operadora se tienen en cuenta para la evaluación de los eximentes y atenuantes de responsabilidad, en cuyo caso la carga de la prueba recae en quien los alega.

Al respecto, a la luz del Principio de Culpabilidad, recogido en el numeral 1011 del artículo 248 del TUO de la LPAG, no basta que un administrado indique que un hecho típico se produjo “por razones fuera de su control” sino que, para analizar algún supuesto eximente de responsabilidad, es necesario presentar los medios probatorios que acrediten tal afirmación, esto es acreditar que no se infringió el deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado debía ser previsto.

Así, vale indicar que la carga de la prueba, a efectos de atribuirle responsabilidad a los administrados en relación a las infracciones que sirven de base para supervisarlos y, posteriormente, sancionarlos, corresponde a la administración; sin embargo, corresponde al administrado probar los hechos excluyentes de su responsabilidad.

Por lo tanto, a efectos de que los órganos resolutivos del Osiptel apliquen los eximentes de responsabilidad establecidos en el numeral 1 del artículo 255 del TUO de la LPAG, la empresa operadora deberá remitir los medios probatorios suficientes, que acrediten que estaría incurrido en alguno de los supuestos que establece la norma.

Ahora bien, resulta importante señalar que, la Doctrina especializada¹² –reconocida fuente del Derecho-, señala que la “diligencia” debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor, siendo que, en algunos casos, para agentes que desarrollan actividades que requieren autorización administrativa (como es el caso de la Concesión de Servicios Públicos de Telecomunicaciones) y que suponen la asunción de obligaciones singulares, el nivel de diligencia exigido debe ser superior.

Por ello, el nivel de diligencia exigido a TELEFÓNICA es alto, toda vez que dicha empresa opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado, y por el cual asume diversas obligaciones especiales de índole contractual y legal.

Es así que, conforme lo ha señalado la Primera Instancia, si bien se acreditó –mediante constatación policial¹³- que los 5 períodos de interrupción imputados en el presente PAS se debieron a daños / vandalismo, dicha empresa operadora no demostró diligencia para la restitución del servicios en dichos casos, en tanto su red de respaldo no contaba con mecanismos de protección y/o respaldo implementados considerando, a su vez, que el hecho se produjo en su red de transporte afectando a los usuarios de la ciudad de Iquitos, al no contar con el servicio de acceso a internet.

Conviene señalar que, en línea con lo dispuesto en el numeral 5 del Anexo 13 del Reglamento de Calidad, el análisis para determinar el eximente de responsabilidad considera no solo la acreditación del hecho que originó la interrupción por caso fortuito o fuerza mayor, sino también las acciones desplegadas por la misma, cuya evaluación se realiza caso por caso.

No obstante, con relación a los 5 casos imputados en el presente PAS, la documentación presentada por TELEFÓNICA no permitió identificar que haya actuado con la diligencia debida respecto a las acciones

efectuadas para restablecer el servicio, en la medida que no acreditan, a manera de ejemplo, si se activaron los mecanismos de protección y las actuaciones realizadas para el restablecimiento del servicio.

Sin perjuicio de lo antes indicado, corresponde señalar que no es la primera vez que esta empresa operadora es sancionada por eventos críticos en los cuales se determinó su responsabilidad¹⁴ (desde el primer semestre del año 2017) siendo que, a la fecha, resulta razonable que TELEFÓNICA haya adoptado las medidas idóneas tendientes a evitar el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 8 del Reglamento de Calidad, lo cual no se ha verificado en el presente caso.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos planteados por TELEFÓNICA en este extremo.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 390-OAJ/2023, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica, el cual -conforme al numeral 6.2 del Artículo 6 del TUO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución; y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal d) del artículo 8 de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Osiptel, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del Osiptel en su Sesión N° 965/23, de fecha 19 de diciembre de 2023.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 326-2023-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** todos sus extremos; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Declarar que la presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para:

- i) La notificación de la presente Resolución y del Informe N° 390-OAJ/2023 a la empresa apelante;
- ii) La publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.
- iii) La publicación de la presente Resolución en el portal web institucional del Osiptel, con el Informe N° 390-OAJ/2023 y las Resoluciones 235-2023-GG/OSIPTEL y N° 326-2023-GG/OSIPTEL, y;
- iv) Poner la presente Resolución en conocimiento de la Oficina de Administración y Finanzas del Osiptel, para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

JESÚS OTTO VILLANUEVA NAPURÍ
Presidente Ejecutivo (E)

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTEL.

² Registrados bajo los tickets N° 202114390.2, N° 202115417.2, N° 202117908.2, N° 202118552.2 y N° 202121938.2.

³ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁵ Esta disposición se encuentra recogida actualmente en el artículo 36 de la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobada por Resolución N° 172-2022-CD/OSIPTEL.

⁶ Aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL

⁷ "Artículo 8°.- Indicador Disponibilidad de Servicio

8.2 Evento crítico: el OSIPTEL calificará como evento crítico a toda interrupción masiva del servicio que cumpla la siguiente condición, según sea el caso: (i) Cuando el tiempo ponderado afectado sea mayor a noventa (90) minutos en el departamento de Lima incluyendo la Provincia Constitucional del Callao; (ii) cuando el tiempo ponderado afectado sea mayor a ciento ochenta (180) minutos en cualquiera de los demás departamentos del país."
(Subrayado agregado)

⁸ "ANEXO N° 13 PROCEDIMIENTO PARA LA MEDICIÓN, CÁLCULO, REPORTE Y EVALUACIÓN DEL INDICADOR DE DISPONIBILIDAD DE SERVICIO

(...)

5. CRITERIOS PARA LA EVALUACIÓN DEL EVENTO CRÍTICO

Se excluirán de la evaluación del evento crítico, los eventos de interrupción en los cuales la empresa operadora no tiene responsabilidad. Se considera que una empresa operadora no tiene responsabilidad en la ocurrencia de una interrupción, cuando esta se debe a:

- (i) Caso Fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de su control.
- (ii) Mantenimiento preventivo o mejora tecnológica.
- (iii) Mantenimiento correctivo de Emergencia.

Eventos	Acreditación
Fenómenos naturales: terremotos, inundaciones, huaycos, tsunami	Podrán ser acreditados con recortes periodísticos o reporte de entidad estatal especializada. Salvo que se traten de hechos notorios.
Atentados, actos de vandalismo, hurto o robo	Podrán ser acreditados con la constatación policial o la constatación del supervisor del OSIPTEL
Falla de suministro eléctrico comercial	Podrán ser acreditados con el reporte a la empresa eléctrica o informe de respuesta de la empresa eléctrica
Interferencia radioeléctrica	Podrán ser acreditados con el informe o reporte del MTC
Disposición o mandato administrativo	Podrán ser acreditados con documentos que incluyan la disposición o mandato administrativo
Trabajos de mantenimiento comunicados al OSIPEL de acuerdo a la normativa vigente	Podrán ser acreditados con la comunicación o publicación correspondiente

Sin perjuicio de ello, en dichos eventos, la empresa operadora podrá remitir otros medios probatorios contemplados en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

OSIPTEL evaluará que la empresa operadora, en todos los casos, haya actuado con diligencia, entendiéndose como ésta el haber adoptado las medidas adecuadas para garantizar la restitución del servicio brindado.

(...)"

(subrayado agregado)

⁹

ÍTEM	INFRACCIÓN	SANCIÓN
18	En caso el OSIPTEL determine que un evento crítico es de responsabilidad de la empresa operadora, de acuerdo a lo previsto en el numeral 4 del Anexo 13.	Grave

¹⁰ Ver páginas 6 y 7 de la resolución impugnada.

¹¹ Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...) 10. Culpabilidad. - La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

¹² Al respecto, DE PALMA DEL TESO, Ángeles ("El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador". Tecnos, 1996. P. 142), sostiene lo siguiente:

"El grado de diligencia que se impone desde el Derecho Sancionador Administrativo estará en función de diversas circunstancias: a) tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deban ser desarrolladas por profesionales en la materia; o c) actividades que requieran previa autorización administrativa, lo que supondría no sólo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia".

¹³ Conforme a lo señalado por la DFI, este tipo de documentación permite acreditar que la interrupción se debió a un "daño/vandalismo" ocasionado en la red de la empresa, debido a que a través de dicho documento la autoridad policial competente verificó in situ lo ocurrido; por lo que, dicha documentación permite acreditar la causa de la interrupción.

¹⁴ Por un total de 7 periodos de supervisión anteriores al periodo del presente PAS, conforme al Cuadro N° 4 de la Resolución N° 235-2023-GG/OSIPTEL.

2250185-1

Declaran infundado Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 348-2023-GG/OSIPTEL

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 00354-2023-CD/OSIPTEL**

Lima, 29 de diciembre de 2023