

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
CC	:	FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 297-2022- GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00099-2021-GG-DFI/PAS
FECHA	:	2 de noviembre de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ANALISTA LEGAL EN TEMAS DE TRANSPARENCIA	ROXANA PATRICIA DÍAZ IBERICO
REVISADO Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 297-2022-GG/OSIPTEL, que declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 195-2022-GG/OSIPTEL, al haber incumplido el artículo 3-A y Anexo 20 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de Calidad)¹, toda vez que mantuvo un porcentaje de tiempo sin disponibilidad mayor al 8% en un total de 589 centros poblados, durante el año 2020.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. El 20 de octubre de 2021, a través de la carta N° 2239-DFI/2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado que habría incumplido lo siguiente:

Norma incumplida		Conducta imputada	Norma que tipifica	Tipo infractor
Reglamento de Calidad	Artículo 3-A y Anexo 20	Mantuvo un porcentaje de tiempo sin disponibilidad mayor al 8% en un total de 589 centros poblados, durante el año 2020.	Ítem 19 del Anexo 15	Leve

- 2.2. El 3 de diciembre de 2021, luego de concedérsele la prórroga de plazo requerido, mediante carta N° TDP-4138-AG-ADR-21, TELEFÓNICA remitió sus descargos solicitando, a su vez, un informe oral, que fue denegado mediante la carta N° 2702-DFI/2021.
- 2.3. Mediante Informe N° 284-DFI/2021 de fecha 30 de diciembre de 2021 (en adelante, Informe Final de Instrucción), la DFI remitió a la Gerencia General el análisis de los descargos presentados por TELEFÓNICA; el mismo que fue remitido a la citada empresa, a través de la carta N° 052-GG/2022, notificada el 19 de enero de 2022.
- 2.4. El 7 de febrero de 2022, mediante carta N° TDP-0523-AG-ADR-22, TELEFÓNICA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción solicitando, a su vez, un informe oral, que fue denegado mediante la carta N° 420-GG/2022.
- 2.5. Mediante la Resolución N° 195-2022-GG/OSIPTEL notificada el 28 de junio de 2022, la Primera Instancia resolvió lo siguiente:

Norma incumplida	Tipificación	Conducta imputada	Número de Centros Poblados	Decisión Primera Instancia
Artículo 3-A y Anexo 20 del Reglamento de Calidad	Ítem 19 del Anexo 15	Mantuvo un porcentaje de tiempo sin disponibilidad mayor al 8% en un total de 589 centros poblados, durante el año 2020.	2	2 Amonestaciones
			217	217 multas de 0,64 UIT, cada una
			318	318 multas de 1,28 UIT, cada una
			52	52 multas de 2,55 UIT, cada una

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



- 2.6. El 20 de julio de 2022, mediante la carta N° TDP-2798-AG-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración solicitando, a su vez, un informe oral, que fue denegado mediante la carta N° 592-GG/2022.
- 2.7. El 23 de agosto de 2022, mediante carta N° TDP-3236-AG-ADR-22, TELEFÓNICA amplió los argumentos de su Recurso de Reconsideración.
- 2.8. Mediante la Resolución N° 297-2022-GG/OSIPTEL notificada el 12 de setiembre de 2022, la Primera Instancia declaró FUNDADO EN PARTE el Recurso de Reconsideración en los siguientes términos:

Norma incumplida	Tipificación	Conducta imputada	Número de Centros Poblados	Decisión Primera Instancia
Artículo 3-A y Anexo 20 del Reglamento de Calidad	Ítem 19 del Anexo 15	Mantuvo un porcentaje de tiempo sin disponibilidad mayor al 8% en un total de 589 centros poblados, durante el año 2020.	318	MODIFICAR las 318 multas de 1,28 UIT, cada una a 318 multas de 1,27 UIT, cada una
			52	MODIFICAR las 52 multas de 2,55 UIT, cada una a 52 multas de 2,55 UIT, cada una

A la vez, dicha Resolución confirmó los demás extremos de la Resolución N° 195-2022-GG/OSIPTEL.

- 2.9. El 29 de setiembre de 2022, mediante la carta N° TDP-3679-AG-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y sanciones², en adelante RGIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³ (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 contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

TELEFÓNICA sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1. La probabilidad de detección sería alta o muy alta pues las infracciones podrían ser detectadas como resultado de la revisión, análisis y evaluación de la información remitida por la empresa y, a la vez, que no correspondería imputar los costos de supervisión en campo (gastos de viáticos y de transporte) en la graduación de la sanción.

² Debe indicarse que, el Consejo Directivo del OSIPTEL a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución 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



- 4.2. Solicita la suspensión de presente procedimiento por prejudicialidad, considerándose la invitación formulada por la empresa al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para dar inicio al procedimiento de Trato Directo, en el marco de lo establecido en el Contrato de Concesión.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:

5.1. Sobre la determinación de la sanción

TELEFÓNICA señala que, la Primera Instancia omitió considerar en su análisis que dicha empresa reporta al OSIPTEL directamente localidades sin disponibilidad por estar en situación de búsqueda de arrendador evitando, a su entender, que el regulador realice la tarea de verificar si existe incumplimiento o no en localidades donde, por causas externas, no cumple con la obligación de disponibilidad.

Por tal motivo, indica que, la probabilidad de detección no es media sino sería alta o muy alta, pues las infracciones podrían ser detectadas como resultado de la revisión, análisis y evaluación de la información remitida por TELEFÓNICA.

Al respecto, contrario a lo señalado por TELEFÓNICA, la remisión de la información antes indicada no es la única fuente a ser analizada por este Organismo con el objeto de verificar la obligación de disponibilidad del servicio -materia del presente PAS- sino que, conforme a lo indicado en el Informe Final de Instrucción, conjuntamente a ello se requiere la realización de acciones de supervisión en los centros poblados rurales a efectos de verificar la disponibilidad del servicio de telefonía de uso público, siendo que dichas acciones forman parte de un procedimiento o plan de supervisión no periódico.

Así, considerando lo antes expuesto y en línea con lo señalado por la Primera Instancia, la probabilidad de detección es media o no alta como alega TELEFÓNICA en la medida que, dada la naturaleza de la infracción, requiere del *“... análisis de la información remitida por la empresa operadora, y las acciones de supervisión en campo a los CCPP, a fin de verificar la accesibilidad y operatividad del servicio”*.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe indicar que, el Consejo Directivo mediante las Resoluciones N° 147-2020-CD/OSIPTEL, N° 106-2021-CD/OSIPTEL y N° 189-2021-CD/OSIPTEL, ha confirmado sanciones impuestas por el incumplimiento de la obligación de disponibilidad del servicio - al haberse superado el límite de 8% de tiempo de disponibilidad (TSD) en un período consecutivo o alternado de 1 año calendario, en diversos centros poblados - considerando, como uno de los criterios de la sanción a imponer, la probabilidad de detección como media.

De otro lado, teniendo en cuenta que las referidas supervisiones no solo se realizan en campo, sino también en gabinete, el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 149-2022-CD/OSIPTEL señaló que, como ocurre en general con las conductas específicamente analizadas por la *“Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL”*, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL, el planteamiento de un escenario para la estimación de la multa se construye sobre supuestos plausibles o acciones frecuentes que tiene un grado de probabilidad razonable en función a los hechos expuestos en insumos de información como casos precedentes, el Informe de Supervisión o el Informe Final de Instrucción.



En esa línea, a efectos del cálculo de la multa, el escenario a sancionar se construyó asumiendo que se realiza una supervisión frecuente que consiste, justamente, en realizar una visita técnica supervisada.

Por lo expuesto, se desestiman los argumentos presentados por TELEFÓNICA en este extremo.

5.2. Sobre la suspensión del PAS por Prejudicialidad

TELEFÓNICA solicita la suspensión del presente PAS por prejudicialidad considerando que el 5 de setiembre de 2022, dicha empresa presentó, mediante la comunicación N° TDP-3310-AR-AJC-22, una invitación a Trato Directo al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en respuesta a la declaración de improcedencia del pedido de terminación del servicio TUP contenida en la Resolución N° 0075-2022-CD/OSIPTTEL con el objetivo, según indica, de solucionar amistosamente la disputa.

Al respecto, cabe indicar que, mediante la Resolución N° 075-2022-CD/OSIPTTEL, de fecha 14 de abril de 2022, el Consejo Directivo declaró IMPROCEDENTE las solicitudes presentadas por TELEFÓNICA en el marco de lo dispuesto en el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Portador, Servicio Telefónico Local y Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional en la República del Perú aprobado por Decreto Supremo N° 011-94-TCC, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de mayo de 1994, para la terminación de la prestación del servicio de telefonía de uso público en setecientos cincuenta y seis (756) centros poblados rurales

Es en dicho marco que, la alegada invitación formulada por TELEFÓNICA tiene como objetivo dar inicio al procedimiento de Trato Directo, en virtud del mecanismo de solución de controversias pactado en el Contrato de Concesión, toda vez que considera que la referida Resolución N° 075-2022-CD/OSIPTTEL, vulneraría dicho contrato.

Ahora bien, resulta importante señalar que, el Contrato Concesión contiene cláusulas que describen los procedimientos a seguir por las partes, en caso de controversias que pudieren surgir durante el desarrollo de las referidas relaciones contractuales. Tales procedimientos, en su generalidad, prescriben que las controversias puedan ser resueltas a través de arbitrajes, a los cuales sólo se podrá acceder luego de haber agotado una gestión de solución amistosa (trato directo), etapa en la cual solo intervienen las partes y en la que se podrán alcanzar los acuerdos, en los que ambas partes convengan.

En esa línea, el Trato Directo se desarrolla en el ámbito de la buena fe y se sustenta en el supuesto incumplimiento por parte del Estado de las condiciones establecidas en sus Contratos de Concesión⁴, lo cual habilitaría a TELEFÓNICA a acudir a los mecanismos de solución de controversias, establecido en los referidos contratos.

En este y con relación a la supuesta prejudicialidad alegada por TELEFÓNICA, no se debe perder de vista que en dicho supuesto “... el problema radica en que para que el problema sea resuelto realmente, es necesario tener en cuenta un aspecto que en ese momento viene

⁴ A tal efecto, en su invitación TELEFÓNICA cita a los Contratos de Concesión, relativos a la prestación de servicios de telefonía fija:

- i) Contrato de Concesión para la prestación del servicio portador, servicio telefónico local y servicio de larga distancia nacional e internacional en la República del Perú, celebrado entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Entel Perú S.A el 16 de mayo de 1994.
- ii) Contrato de Concesión para la prestación del servicio portador y servicio telefónico local en las ciudades de Lima y Callao celebrado entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. el 16 de mayo de 1994.



siendo conocido en otro proceso por otro órgano jurisdiccional. Si dicho aspecto viene siendo conocido por otro órgano jurisdiccional, ello impide a ese juez a pronunciarse sobre él, en la medida que hacerlo supondría interferir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”⁵.

Teniendo en cuenta ello, el Trato Directo constituye un paso previo (requisito) para acceder a un arbitraje de derecho, en tanto para acudir a instancias de un arbitraje, TELEFÓNICA requiere dejar constancia que promovió una solución amistosa, razón por la cual, promueve las reuniones de trato directo.

Por tal motivo, se descarta un supuesto de prejudicialidad en el presente caso y, por tanto, la solicitud de suspensión del PAS, debido a que la materia en controversia aún no es conocida en otro proceso por otro órgano jurisdiccional.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente informe, se recomienda que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 297-2022-GG/OSIPTEL.

Atentamente,



⁵ Piori Posada, Giovanni F. *La suspensión del proceso por prejudicialidad en el proceso civil peruano*. En: *Ius et veritas* -- No. 40 (Jul. 2010)