

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 369-2021-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00103-2019-GG-GSF/PAS
FECHA	:	14 de junio de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO COORDINADOR	ROCÍO ANDREA OBREGÓN ANGELES
REVISADOS Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	L.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° 369-2021-GG/OSIPTEL, que declaró infundado el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 294-2021-GG/OSIPTEL, a través del cual se sancionó con: (i) diecisiete (17) multas de 40,80 UIT cada una y una (1) multa de 67,10 UIT, al haberse verificado que dieciocho (18) periodos de interrupción calificados como eventos críticos registrados durante el segundo semestre del año 2018, fueron de su responsabilidad; de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8.2 del artículo 8 y el numeral 4 y 5 del Anexo 13 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Reglamento de Calidad), aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTEL y modificatorias; y (ii) una (1) multa de 51 UIT, al haberse incumplido con el indicador de Disponibilidad del Servicio (DS) en la región de Lima – Callao en el segundo semestre del año 2018, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 7 del Anexo 13 de la misma norma.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Mediante carta N° 2288-GSF/2019, notificada el 28 de noviembre de 2019, la Dirección de Fiscalización e Instrucción¹ (DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los ítems 17 y 18 del Anexo 15 - Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Calidad, por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el numeral 8.2 del artículo 8 y los numerales 4, 5 y 7 del Anexo 13 de la referida norma, en dieciocho (18) casos, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
- 2.2. El 14 de febrero de 2020, luego del plazo de ampliación concedido, TELEFÓNICA presentó sus descargos a través de la carta N° TDP-0065-AG-ADR-20.
- 2.3. Posteriormente, el 30 de junio de 2020, la DFI emitió el Informe N° 089-GSF/2020 (Informe Final de Instrucción); el mismo que fue puesto en conocimiento de TELEFÓNICA mediante carta N° 742-GG/2020, notificada el 20 de julio de 2020, a fin de que formule descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
- 2.4. Con cartas N° TDP-1983-AG-ADR-19 de fecha 29 de julio de 2020, TELEFÓNICA presentó sus descargos; y, posteriormente, a través de las cartas N° TDP-2230-AG-ADR-19 y N° TDP-2534-AG-ADR-19 de fechas 13 de agosto y 1 de setiembre de 2020, presentó descargos adicionales.
- 2.5. Mediante Memorando N° 406-GG/2020, de fecha 19 de octubre de 2020, la Gerencia General solicitó a la DFI evaluar las pruebas presentadas por TELEFÓNICA en sus Descargos; lo cual fue atendido por esta última mediante Memorando N° 115-DFI/2020 de fecha 6 de noviembre de 2020.

¹ Mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM se aprobó la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, vigente desde el 9 de octubre de 2020.



- 2.6. A través de la Resolución N° 294-2020-GG/OSIPTTEL de fecha 16 de noviembre de 2020, la Gerencia General resolvió -entre otros-, sancionar a TELEFÓNICA conforme al siguiente detalle:

“SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una **MULTA de CINCUENTA Y UN (51) UIT** por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 17 del Anexo 15 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTTEL, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 7 del Anexo 13 de la misma norma; al haber incumplido con el indicador de Disponibilidad del Servicio (DS) en la región de Lima – Callao en el segundo semestre del año 2018; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Artículo 2°.- SANCIONAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con **DIECISIETE (17) MULTAS DE CUARENTA CON 80/100 (40,80) UIT cada una, y una multa de SESENTA Y SIETE CON 10/100 (67,10) UIT**, por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 18 del Anexo 15 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTTEL, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 8.2 del artículo 8 y el numeral 4 y 5 del Anexo 13 de la misma norma, respecto de dieciocho (18) periodos de interrupción calificados como eventos críticos registrados durante el segundo semestre del año 2018, los mismos que fueron de su responsabilidad; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución y conforme al siguiente detalle:

Ticket	Zona afectada	Servicio afectado	Total abonados afectados	Duración de la interrupción (minutos)	Multa calculada (UIT)	Atenuante por cese	MULTA FINAL IMPUESTA (UIT)
301915	TUMBES	Internet Fijo	1470	1819	51	20%	40.8
302166	PASCO	Telefonía Fija	784	1080	51	20%	40.8
302166.2	PASCO	Internet Fijo	645	1080	51	20%	40.8
302221	AMAZONAS	Telefonía Fija	45	15240	51	20%	40.8
302221.2	AMAZONAS	Internet Fijo	34	15240	51	20%	40.8
302509.2	LORETO	Internet Fijo	13732	208	51	20%	40.8
302734.1	AYACUCHO	Telefonía Fija	2479	5700	51	20%	40.8
302734.2	AYACUCHO	Internet Fijo	3183	5700	83.9	20%	67.1
302745.2	LORETO	Internet Fijo	13732	800	51	20%	40.8
302818.2	HUÁNUCO - PASCO - SAN MARTÍN - UCAYALI	Internet Fijo	31851	305	51	20%	40.8
302853	AMAZONAS	Internet Fijo	354	905	51	20%	40.8
303822	MADRE DE DIOS	Telefonía Fija	741	18375	51	20%	40.8
303822.2	MADRE DE DIOS	Internet Fijo	173	18375	51	20%	40.8
303920.2	LORETO	Internet Fijo	13907	255	51	20%	40.8
303926	CUSCO	Telefonía Fija	806	17764	51	20%	40.8
303928.2	LORETO	Internet Fijo	13907	219	51	20%	40.8
304206	AMAZONAS	Telefonía Fija	131	4319	51	20%	40.8
304206.2	AMAZONAS	Internet Fijo	67	4319	51	20%	40.8

- 2.7. El 7 de diciembre de 2020, a través de la carta N° TDP-3612-AG-ADR-20, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 294-2020-GG/OSIPTTEL; el cual fue ampliado el 21 de diciembre de 2020 mediante carta N° TDP-3619-AR-ADR-20.

- 2.8. Con Memorando N° 492-GG/2020, de fecha 30 de diciembre de 2020, la Gerencia General solicitó a la DFI que realice el análisis de las nuevas pruebas presentadas por TELEFÓNICA en su Reconsideración; el cual fue atendido por la DFI mediante el Memorando N° 088-DFI/2020 de fecha 22 de enero de 2021.



- 2.9. El 23 de febrero de 2021, mediante carta N° TDP-0370-AR-ADR-21, TELEFÓNICA presentó una ampliación de su Recurso de Reconsideración.
- 2.10. Con Memorando N° 374-GG/2021 de fecha 8 de setiembre de 2021, la Gerencia General solicitó a la DFI realice el análisis de las nuevas pruebas presentadas por TELEFÓNICA; el cual fue atendido por la DFI mediante el Memorando N° 1295-DFI/2021 de fecha 29 de setiembre de 2021.
- 2.11. El 30 de septiembre de 2021, a través de la Resolución N° 369-2021-GG/OSIPTEL, la Primera Instancia declaró infundado el Recurso de Reconsideración.
- 2.12. Posteriormente, a través de la carta N° TDP-3406-AG-ADR-21 de fecha 15 de octubre de 2021, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación; el cual fue ampliado mediante carta N° TDP-3741-AG-ADR-21 de fecha 5 de noviembre de 2021.
- 2.13. Con Memorando N° 150-OAJ/2022 de fecha 14 de febrero de 2022, la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la DFI realice el análisis de las nuevas pruebas presentadas por TELEFÓNICA; el cual fue atendido por la DFI mediante el Memorando N° 357-DFI/2022 de fecha 22 de marzo de 2022.
- 2.14. El 22 de marzo de 2022, mediante carta N° TDP-1337-AG-ADR-22, TELEFÓNICA solicitó la aplicación retroactiva de la Metodología de cálculo para la determinación de multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL (Metodología del Cálculo de Multa), aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.
- 2.15. Con Memorando N° 305-OAJ/2022 de fecha 28 de marzo de 2022, la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (DPRC) precise si, en efecto, la aplicación de la Metodología del Cálculo de Multas resulta más favorables; el cual fue atendido mediante el Memorando N° 211-DPRC/2022 de fecha 5 de mayo de 2022.

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.

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



IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

TELEFÓNICA sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1. Se estaría vulnerando los Principios de Tipicidad, Predictibilidad y Confianza Legítima, toda vez que el Reglamento de Calidad excluye la actuación diligente posterior a la configuración del evento crítico.
- 4.2. En tanto el incumplimiento del indicador Disponibilidad del Servicio puede conllevar, como máximo, la comisión de una infracción grave por semestre, se estaría interpretando erróneamente que se podría imponer un número ilimitado de infracciones por cada evento crítico.
- 4.3. Se habría imputado la responsabilidad administrativa a pesar de verificar que la concurrencia de los eventos críticos no contempla dolo o culpa, y por tanto se estaría vulnerando el Principio de Culpabilidad.
- 4.4. No se habría verificado la existencia del nexo causal necesario para cumplir con el Principio de Causalidad.
- 4.5. Los medios probatorios aportados acreditarían la ocurrencia de un hecho externo y su debida diligencia respecto a los dieciocho (18) eventos críticos ocurridos durante el segundo semestre del 2018.
- 4.6. En atención al Principio de Presunción de Licitud, a la empresa le basta con probar que el hecho generado del evento crítico fue ocasionado por una circunstancia que excluye de responsabilidad y, por ende, le correspondería al OSIPTEL acreditar que la empresa actuó sin diligencia.
- 4.7. Los eventos críticos que afectan a varios servicios, en tanto es la misma omisión la que causa la interrupción de los distintos servicios, correspondería aplicar el concurso de infracciones.
- 4.8. Correspondería aplicar la retroactividad benigna de la Metodología del Cálculo de Multa.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

5.1. Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Tipicidad, Predictibilidad y Confianza Legítima

TELEFÓNICA refiere que el Reglamento de Calidad no exige la acreditación de la diligencia para proceder a excluir de responsabilidad por configuración de un evento crítico, precisando que una interpretación diferente atentaría contra el espíritu mismo de la norma que en su Exposición de Motivos tampoco hace mención a la diligencia y menos aún ex post a la ocurrencia.



Agrega, que el OSIPTEL exige un estándar de diligencia sin explicitar en ningún apartado de la norma cómo será evaluado; por lo que, a su entender, las empresas operadoras se encontrarían en una situación de incertidumbre jurídica en la medida que desconocen los criterios de evaluación que empleará el OSIPTEL para medir la diligencia empleada, infringiendo el Principio de Predictibilidad y Confianza Legítima.

Adicionalmente, TELEFÓNICA señala que en tanto el incumplimiento del indicador Disponibilidad del Servicio puede conllevar, como máximo, la comisión de una infracción grave por semestre, se estaría interpretando erróneamente que se podría imponer un número ilimitado de infracciones por cada evento crítico.

Al respecto, es importante señalar que el ítem 18 del Anexo 15 del Reglamento de Calidad tipifica como incumplimiento en caso el OSIPTEL determine que un evento crítico es de responsabilidad de la empresa operadora, tal y como se aprecia a continuación:

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

Ahora bien, es conveniente mencionar que el numeral 8.2 del artículo 8⁴ del Reglamento de Calidad define al evento crítico como aquella interrupción del servicio cuya duración es mayor a noventa (90) minutos (en el departamento de Lima incluyendo la Provincia Constitucional del Callao) o ciento ochenta (180) minutos (en el cualquier otro departamento).

Precisamente, el Consejo Directivo del OSIPTEL a través de las Resoluciones N° 109-2020-CD/OSIPTEL⁵ y N° 190-2020-CD/OSIPTEL⁶ señaló que no debe perderse de vista la obligación de la empresa operadora de prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida, tal como establece el artículo 44⁷ del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (TUO de las Condiciones de Uso); sin embargo, tal como reconoce el numeral 5 del Anexo 13 Reglamento de Calidad, para aquellas interrupciones cuyo tiempo ponderado afectado sea mayor a noventa (90) o ciento ochenta (180) minutos, las empresas operadoras podrán exonerarse solo si el origen de la interrupción no es de su responsabilidad, y

⁴ **Artículo 8.- Indicador Disponibilidad de Servicio**

Se establece el indicador Disponibilidad de Servicio (DS), aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones señalados en el artículo 1 del presente Reglamento, al cual se le aplica las siguientes disposiciones:

8.1 El indicador DS es el porcentaje del tiempo de servicio respecto del período de evaluación, durante el cual un servicio brindado por una empresa operadora, se encuentra operativo. Su evaluación es semestral, por cada departamento y servicio. Para la evaluación de este indicador se aplica el procedimiento establecido en el Anexo N° 13.

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. (El subrayado es nuestro)

⁵ Publicada en la página web del OSIPTEL, en el siguiente link <https://www.osiptel.gob.pe/media/ifzn0qrb/res109-2020-cd.pdf>

⁶ Publicada en la página web del OSIPTEL, en el siguiente link <https://www.osiptel.gob.pe/media/crwhhwb2/res190-2020-cd.pdf>

⁷ **Artículo 44.- Continuidad del servicio**

La empresa operadora está obligada a cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida, sujetándose a lo establecido en la presente norma y en las disposiciones que para tal efecto emita el OSIPTEL."



además, acredita que actuó con la diligencia debida, tal como se advierte a continuación:

“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 OSIPTEL 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 del 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”.

(El subrayado agregado)

Lo anterior se condice con lo señalado en la Exposición de Motivos del Reglamento de Calidad, toda vez que, la obligación de continuidad del servicio señalada por el artículo 44 del TUO de las Condiciones de Uso no deja de ser exigible; sino que el enfoque de dicho dispositivo será velar que las empresas operadoras, de cara al usuario, den cumplimiento al atributo de “continuidad” en el servicio; el cual, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, constituye un elemento que caracteriza la prestación de todo servicio público⁸.

⁸ Sentencia emitida en el Expediente N° 00034-2004-PI/TC.

En ese sentido, una lectura distinta a dicha disposición, como pretende TELEFÓNICA, no solo implica un despropósito de la norma, sino que también una afectación a los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones que se ven afectados por la interrupción de su servicio.

De otro lado, sobre si corresponde imponer (i) una multa por la totalidad de eventos críticos en los que se determinó la responsabilidad de la empresa operadora o (ii) una por cada evento, conforme se detalla en el ítem 18 del Anexo 15 del Reglamento de Calidad, constituye infracción grave la determinación de que un evento crítico es de responsabilidad de la empresa operadora de acuerdo a lo previsto en el numeral 4 del Anexo 13 de la citada norma.

A su vez, el numeral 4 del Anexo 13 establece que el evento crítico corresponde al tiempo ponderado afectado del servicio, por departamento. Dicho valor considera un máximo de noventa (90) minutos para Lima que incluye la Provincia Constitucional del Callao; y un máximo de ciento y ochenta (180) minutos para cada uno del resto de departamentos del país”.

4. EVENTO CRÍTICO

El umbral establecido para los eventos críticos corresponde al tiempo ponderado afectado del servicio (t_c), por departamento. Dicho valor considera un máximo de noventa (90) minutos para Lima que incluye la Provincia Constitucional del Callao; y un máximo de ciento y ochenta (180) minutos para cada uno del resto de departamentos del país.

$$\text{tiempo ponderado afectado}_c = \frac{A_a}{A_t} * t$$

Ahora bien, al ser el Principio de Tipicidad una exigencia para el operador jurídico al momento de proceder a calificar determinadas acciones u omisiones como constitutivas de infracción administrativa, la discusión sobre la determinación del número de infracciones que se imputa, debe analizarse a partir de la concreción detallada y precisa del tipo infractor.

En lo que se refiere al presente caso, –a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA– se observa que el OSIPTEL ha regulado de manera explícita de qué modo se sancionará la determinación de responsabilidad de un evento crítico, no estableciendo parámetro alguno de tiempo o cantidad.

Bajo esa línea, no queda duda que la determinación de la responsabilidad de un evento crítico conlleva a la imposición de una sanción individual por cada evento.

En virtud de lo expuesto corresponde desestimar los argumentos planteados por TELEFÓNICA en este extremo.

5.2. Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Culpabilidad y Causalidad

TELEFÓNICA refiere que se habría imputado la responsabilidad administrativa a pesar de verificar que la concurrencia de los eventos críticos no contempla dolo o culpa, y por tanto se estaría vulnerando el Principio de Culpabilidad.

Agrega que, no se habría verificado la existencia del nexo causal necesario para cumplir con el Principio de Causalidad.

Sobre el particular, esta Oficina considera que no se ha vulnerado ni se ha aplicado de forma errónea los Principios de Causalidad y Culpabilidad, debido a que la



conducta infractora sí resulta imputable a TELEFÓNICA, pues no solo basta acreditar que no tuvieron participación en la interrupción del servicio, sino que, en un momento posterior, deben demostrar una conducta diligente y haber adoptado todas las medidas adecuadas para reponer el servicio en el menor tiempo posible.

Asimismo, se debe tener en cuenta la responsabilidad subjetiva de la empresa operadora relacionada al deber de cuidado de TELEFÓNICA, que está directamente relacionado con la diligencia que la administrada debe tener para evitar incumplir disposiciones normativas que le resultan exigible. En el presente caso, le es exigible lo dispuesto en el último párrafo del numeral 5 del Anexo 13 del Reglamento de Calidad, el cual señala que la empresa operadora debe adoptar las medidas adecuadas para garantizar la restitución del servicio; y, al ser TELEFÓNICA un agente que desarrolla una actividad que requiere una autorización administrativa (concesión), el nivel de diligencia que se le exige es superior para dar cumplimiento a lo dispuesto en la referida norma, tal como se señala en reconocida fuente del derecho como lo es la Doctrina especializada.⁹

En consecuencia, el hecho que TELEFÓNICA no haya tenido participación en los sucesos que motivaron la interrupción no es causal suficiente para exonerarla de responsabilidad, en vista que, como se concluyó en la Resolución N° 294-2020-GG/OSIPTEL, la mencionada empresa no demostró una conducta diligente de cara a la pronta restitución del servicio.

5.3. Sobre la actuación de medios probatorios presentados para exonerar su responsabilidad en los dieciocho (18) eventos críticos sancionados

TELEFÓNICA refiere que los medios probatorios aportados como parte de su Recurso de Apelación, a su entender, acreditarían la ocurrencia de un hecho externo y su debida diligencia respecto a los dieciocho (18) eventos críticos ocurridos durante el segundo semestre del 2018.

De manera previa, es importante señalar que de la revisión de lo alegado por TELEFÓNICA, se advierte que no desconoce la ocurrencia de los eventos de interrupción que traen como consecuencia la comisión de las dieciocho (18) infracciones tipificadas en el ítem 18 del Anexo 15 del Reglamento de Calidad, sino que pretende desvirtuar la responsabilidad sobre los mismos, aduciendo que dichos eventos de interrupción correspondían a hechos que configurarían caso fortuito o de fuerza mayor.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27¹⁰ del RGIS se dispuso que la DFI evalúe los nuevos medios probatorios presentados; por tal motivo, a través del

⁹ 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 solo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia”.

¹⁰ “Artículo 27.- Impugnación de actos administrativos

(...)

El recurso de reconsideración deberá sustentarse en nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

El órgano competente para resolver un recurso de reconsideración o apelación se encuentra facultado para ordenar la actuación de medios probatorios, de considerarlo pertinente, en un plazo determinado, durante el cual se suspenderá el



Memorando N° 357-DFI/2022, dicho órgano remite la evaluación de cada uno de los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA, en la que advierte que, si bien se ha acreditado el hecho, no se ha evidenciado la acreditación de la diligencia respectiva para el restablecimiento del servicio interrumpido, por parte de la empresa operadora, tal como se detalla en el Anexo I.

Por lo tanto, no corresponde la exclusión de ninguno de los dieciocho (18)¹¹ eventos de interrupción, calificados como eventos críticos durante el segundo semestre del año 2018.

5.4. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Licitud

TELEFÓNICA señala que a la empresa le basta con probar que el hecho generado del evento crítico fue ocasionado por una circunstancia que excluye de responsabilidad y, por ende, le correspondería al OSIPTEL acreditar que la empresa actuó sin diligencia.

Al respecto, es importante tener en consideración que, de conformidad con el numeral 9 del artículo 248 del TUO de la LPAG, en virtud del Principio de Presunción de Licitud *“Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.”*

Precisamente, en el presente caso, está acreditado por el OSIPTEL que se produjeron las interrupciones del servicio que calificaron como eventos críticos, por lo que -como se ha señalado-, TELEFÓNICA debió acreditar no solo que los sucesos que refiere como causa externa, efectivamente se produjeron sino también que actuó con la diligencia debida, lo cual implicaba adoptar las medidas adecuadas o pertinentes para garantizar la restitución del servicio.

Sobre ello, si bien, en virtud del Principio de Licitud, la autoridad administrativa está facultada para verificar la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, más aún en los casos en que está de por medio el interés público; no obstante, dicho principio no implica la sustitución en el deber probatorio que le corresponde a las partes.

En ese sentido, si bien corresponde a la Administración Pública la carga de la prueba a efectos de atribuirle a los administrados las infracciones que sirven de base para sancionarlos, ante la prueba de la comisión de los hechos que configuran la infracción, corresponde al administrado probar los hechos excluyentes de su responsabilidad¹² así como de los atenuantes que pudiesen concurrir.

Teniendo en cuenta ello, a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA, de los medios probatorios presentados en las distintas etapas del presente procedimiento, no se ha logrado acreditar su diligencia.

plazo legal para resolver el recurso interpuesto, en tanto se actúe o presente las pruebas ordenadas. En caso el órgano competente sea un órgano colegiado, su presidente, o quien haga sus veces, podrá ordenar la actuación de dichos medios probatorios, con cargo a dar cuenta a dicho colegiado.

La nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o de apelación será conocida y declarada por el órgano competente para resolverlo.”

¹¹ Reportes N° 301915, N° 302166, N° 302166.2, N° 302221, N° 302221.2, N° 302509.2, N° 302734.1, N° 302734.2, N° 302745.2, N° 302818.2, N° 302853, N° 303822, N° 303822.2, N° 303920.2, N° 303926, N° 303928.2, N° 304206 y N° 304206.2.

¹² NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.



Por lo tanto, queda acreditado que no se ha vulnerado el Principio de Licitud y, en se sentido, corresponde desestimar lo alegado por TELEFÓNICA en este extremo.

5.5. Sobre el supuesto concurso de infracciones

TELEFÓNICA solicita la aplicación del concurso de infracciones para las imputaciones en donde una misma interrupción configuró dos o más infracciones por eventos críticos, esto, debido a que no se trataría de varias acciones que causan varios resultados (y que darían lugar a la imposición de varias sanciones), sino de una sola acción que causa varias infracciones, por lo que debe imponer una única sanción.

Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que el Principio del Concurso de Infracciones, conforme se advierte de lo dispuesto en el artículo 248 del TUO de la LPAG, prevé la existencia de una misma conducta calificada como más de una infracción, tal como se indica a continuación:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

(...)”

(Subrayado agregado)

Ahora bien, tal como hemos señalado, el ítem 18 del Anexo 15 del Reglamento de Calidad tipifica como incumplimiento, los casos en los cuales 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 de dicha norma.

Asimismo, conforme a la definición contemplada en el artículo 8 del Reglamento de Calidad, a efectos de considerar un evento crítico se tomará en cuenta a la interrupción del servicio cuyo tiempo ponderado de afectación sea mayor a noventa (90) minutos (en el departamento de Lima incluyendo la Provincia Constitucional del Callao) o ciento ochenta (180) minutos (en cualquier otro departamento).

En esa línea, siguiendo el criterio establecido por el Consejo Directivo, a través de la Resolución N° 150-2021-CD/OSIPTEL, en el presente procedimiento, la conducta infractora la constituye el propio evento crítico, el cual en base a la definición contemplada en el artículo 8 del Reglamento de Calidad y de acuerdo al numeral 4 del Anexo 13 de dicha norma, toma en cuenta el tiempo ponderado afectado, referido a la porción de cada servicio afectado en un determinado departamento.

De acuerdo a ello, en la medida que en el presente procedimiento las conductas (eventos críticos) correspondientes a los reportes N° 302166, N° 302166.2, N° 302221, N° 302221.2, N° 302734.1, N° 302734.2, N° 303822, N° 303822.2, N° 304206 y N° 304206.2 han sido generados por circunstancias distintas (tipo de servicio y tiempo ponderado afectado), no procede aplicar el Concurso de Infracciones; por lo que corresponde desestimar los argumentos planteados por TELEFÓNICA.



5.6. Sobre la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna

TELEFÓNICA señala que, en atención al Principio de Retroactividad Benigna, en este caso correspondería aplicar la Metodología del Cálculo de Multa vigente desde el 1 de enero de 2022.

De manera preliminar, es pertinente destacar que uno de los Principios que rige la potestad sancionadora en sede Administrativa es el Principio de Retroactividad Benigna contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Así, conforme al Principio de Retroactividad Benigna¹³ resulta viable aplicar disposiciones sancionadoras posteriores que resulten más favorables al administrado. En tal sentido, la norma también señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo siempre que favorezcan al presunto infractor o al infractor, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición, en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción; (ii) los plazos de prescripción; y, (iii) la sanción en sí.

Ahora bien, acorde a lo señalado por el Consejo Directivo en la Resolución N° 065-2022-CD/OSIPTEL¹⁴, en el presente procedimiento, en tanto las multas impuestas a través de la Resolución N° 294-2020-GG/OSIPTEL fueron calculadas considerando los criterios contenidos en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL¹⁵ (Guía de Multas - 2019), corresponde evaluar si la Metodología de Cálculo de Multas podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior.

Bajo tales consideraciones, se dispuso que la DPRC evalúe las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas; en ese sentido, a través del Memorando N° 211-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación, conforme al siguiente detalle:

- (i) Respecto a la Multa impuesta por el incumplimiento del valor objetivo del indicador Disponibilidad del Servicio (DS)

Conforme a los criterios establecidos en la Metodología del Cálculo de Multas para conductas similares, el enfoque de graduación para este tipo de infracción es de beneficio ilícito, el cual viene representado por un porcentaje de la inversión total que la empresa no realiza (inversión evitada) y que resulta

¹³ Al respecto, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG prevé lo siguiente:

“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.”

¹⁴ 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.

¹⁵ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019



necesario para cumplir con el valor mínimo del indicador de Disponibilidad del Servicio (DS).

Sobre el particular, en la evaluación realizada por la DPRC se concluye que la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas resulta más favorable a TELEFÓNICA en cuanto a la determinación de la multa impuesta, toda vez que implica una reducción de 51 UIT a 12,7 UIT, conforme se detalla a continuación:

Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019)	Monto de la Multa calculado con la metodología de Multas (2021)
51	12,7

- (ii) Respecto a las Multas impuestas por interrupciones del servicio calificadas como evento crítico

Conforme establece la Metodología del Cálculo de Multas, el enfoque de graduación de la multa para esta infracción es el de daño causado, el cual viene representado por la pérdida de bienestar que afrontan los usuarios que no pudieron acceder o utilizar el servicio durante periodos de cortes debido a eventos o interrupciones críticas.

El daño causado para cada una de las zonas geográficas afectadas se aproxima como el producto de los siguientes tres componentes:

- El valor monetario (expresado en S/.) que asignan los usuarios como compensación por día de interrupción en el servicio afectado¹⁶;
- La duración de la interrupción del servicio (expresado en días¹⁷); y,
- La cantidad de abonados afectados¹⁸.

Teniendo en cuenta ello, para este caso en particular, en la evaluación realizada por la DPRC se concluye que, en doce (12) multas, la cuantía calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas es menor a que la obtenida bajo la Guía de Multas – 2019; sin embargo, respecto a cinco (5) multas la cuantía es mayor, conforme se detalla a continuación:

	Ticket	Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019)	Monto de la Multa calculado con la metodología de Multas (2021)
1	301915	40,8 UIT	10,7 UIT
2	302166	40,8 UIT	3,4 UIT
3	302166.2	40,8 UIT	2,8 UIT
4	302221	40,8 UIT	2,7 UIT
5	302221.2	40,8 UIT	2,1 UIT
6	302509.0	40,8 UIT	11,4 UIT
7	302734.1	40,8 UIT	56,2 UIT

¹⁶ En este caso se emplean los parámetros ComFij, ComTV, ComMov y ComInt

¹⁷ La información recogida por el SISREP sobre tiempo de interrupción viene expresada en minutos, por lo que resulta necesario dividir dicha cantidad de minutos entre 1 440, a fin de obtener el tiempo expresado en días.

¹⁸ La información sobre abonados afectados es proporcionada a través del SISREP



8	302745.2	67,1 UIT	72,1 UIT
9	302745.2	40,8 UIT	43,7 UIT
10	302818.2	40,8 UIT	38,6 UIT
11	302853	40,8 UIT	1,3 UIT
12	303822	40,8 UIT	53,4 UIT
13	303822.2	40,8 UIT	12,5 UIT
14	303920.2	40,8 UIT	13,8 UIT
15	303926	40,8 UIT	56,2 UIT
16	303928.2	40,8 UIT	11,9 UIT
17	304206	40,8 UIT	2,2 UIT
18	304206.2	40,8 UIT	1,1 UIT

FUENTE: Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia

Teniendo en cuenta ello, verificamos que el cálculo de las multas impuestas considerando los nuevos valores establecidos en la Metodología del Cálculo de Multas, conlleva que los montos de las multas respecto a: (i) al incumplimiento del valor objetivo del indicador DS y a (ii) doce (12) interrupciones calificadas como eventos críticos implican una reducción del monto de las multas conforme se detalla en el Anexo II, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracciones cometida.

En tal sentido, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponde imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología del Cálculo de Multas; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna

Sin embargo, respecto a seis (6) multas por interrupciones calificadas como eventos críticos, advertimos que en el cálculo efectuado bajo la Metodología del Cálculo de Multas, los montos de las multas son superiores a las impuestas por la Primera Instancia; en ese sentido, no corresponde su aplicación.

Finalmente, en atención al Principio de Transparencia, y como parte de la aplicación del nuevo Régimen de Calificación de Infracciones así como de la Metodología del Cálculo de Multas, corresponderá a las Instancias administrativas remitir a los administrados el cálculo de la cuantía de las multas impuestas en los procedimientos administrativos sancionadores conjuntamente con las resoluciones; sin que ello signifique que los procedimientos anteriores en los que no fueron notificados los cálculos adolezcan de algún tipo de vicio, en tanto que en la resolución claramente podían establecer los criterios empleados para el cálculo de la multa.

5.7. Sobre la solicitud de informe oral

Respecto a la solicitud de informe oral ante el Consejo Directivo, formulada por la empresa operadora, corresponde señalar que, en virtud del Principio del Debido Procedimiento, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, como –entre otros- el derecho a solicitar el uso de la palabra (o informe oral). Sin embargo, es importante resaltar que dicha norma no establece que debe otorgarse el uso de la palabra cada vez que se solicita; razón



por la cual, es factible que cada órgano de la Administración decida si se otorga o no, aunque de forma motivada.

En la misma línea opina Morón tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional¹⁹ concluyendo que el derecho a exponer alegatos oralmente no es absoluto, sino que la autoridad puede decidir denegar dicho derecho cuando existan razones objetivas y debidamente motivadas²⁰.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo²¹, bajo el siguiente fundamento:

“En el caso de autos se aduce una presunta afectación al derecho de defensa, sustentada en que supuestamente la Sala Superior emplazada habría resuelto el recurso sin dar oportunidad de que se lleve a cabo el informe oral del actor. El Tribunal en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio al derecho de defensa la imposibilidad del informe oral. Que en el caso de autos el mismo escrito de apelación de la resolución que denegó la variación del mandato de detención expresaba los argumentos que sustentan su pretensión, por lo que no se advierte la afectación al derecho constitucional invocado.”

(Subrayado agregado)

Un procedimiento administrativo sancionador, es eminentemente escrito. Por tal motivo, todo administrado, en el transcurso de dicho procedimiento, tiene expedita la oportunidad de presentar descargos, recursos y alegatos por dicho medio; al tratarse de un derecho expresamente reconocido en el TUO de la LPAG.

En esa misma línea, el numeral (v) del artículo 22 del RGIS²² establece que los Órganos de Resolución pueden conceder informe oral al administrado que lo solicite; salvo que consideren que cuentan con elementos suficientes para pronunciarse sobre la base de la información que obra en el respectivo expediente.

Considerando lo señalado, la decisión de denegar el informe oral solicitado por el administrado, debe ser analizada caso por caso; en función de las particularidades del expediente, los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación, la necesidad del informe oral para resolver, entre otros criterios.

Ahora bien, en el presente caso, se advierte que los argumentos planteados por TELEFÓNICA en su impugnación –principalmente de derecho-, así como el resto de actuados del expediente del PAS, constituyen elementos de juicio suficientes para que el Consejo Directivo resuelva el Recurso de Apelación; es decir, dicha documentación genera la convicción necesaria para pronunciarse sobre el mismo.

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

¹⁹ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA

²⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

²¹ Cfr. Expediente N° 00137- 2011-HC/TC. Dicho criterio se reitera en otros casos, como los Expedientes N° 01307-2012-PHC/TC, STC N.° 05510-2011-PHC/TC, N° 00137- 2011-HC/TC.

²² Disposición incluida mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.



VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda que debe declararse **FUNDADO EN PARTE** el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 369-2021-GG/OSIPTEL, y por tanto:

- (i) **CONFIRMAR**, la responsabilidad por el incumplimiento de dieciocho (18) periodos de interrupción calificados como eventos críticos registrados durante el segundo semestre del año 2018, fueron de su responsabilidad; de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8.2 del artículo 8 y el numeral 4 y 5 del Anexo 13 del Reglamento de Calidad; y el incumplimiento del indicador de Disponibilidad del Servicio (DS) en la región de Lima – Callao en el segundo semestre del año 2018, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 7 del Anexo 13 de la misma norma.
- (ii) **CONFIRMAR**, el monto de las multas impuestas a seis (6) periodos de interrupción calificados como eventos críticos registrados durante el segundo semestre del año 2018, las cuales se detallan a continuación:

	Ticket	Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019)
1	302734.1	40,8 UIT
2	302745.2	67,1 UIT
3	302745.2	40,8 UIT
4	303822	40,8 UIT
5	303926	40,8 UIT
6	303928.2	40,8 UIT

- (iii) **MODIFICAR**, el monto de la multa de 51 UIT a 12,7 UIT, al haberse incumplido con el indicador de Disponibilidad del Servicio (DS) en la región de Lima – Callao en el segundo semestre del año 2018, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 7 del Anexo 13 del Reglamento de Calidad.
- (iv) **MODIFICAR**, el monto de las multas de doce (12) periodos de interrupción calificados como eventos críticos registrados durante el segundo semestre del año 2018, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8.2 del artículo 8 y el numeral 4 y 5 del Anexo 13 del Reglamento de Calidad, conforme al siguiente detalle:

	Ticket	Monto de la Multa impuesta por Resolución N° ° 294-2021-GG/OSIPTEL	Monto de la Multa
1	301915	40,8 UIT	10,7 UIT
2	302166	40,8 UIT	3,4 UIT
3	302166.2	40,8 UIT	2,8 UIT
4	302221	40,8 UIT	2,7 UIT
5	302221.2	40,8 UIT	2,1 UIT
6	302509.0	40,8 UIT	11,4 UIT
7	302818.2	40,8 UIT	38,6 UIT



8	302853	40,8 UIT	1,3 UIT
9	303822.2	40,8 UIT	12,5 UIT
10	303920.2	40,8 UIT	13,8 UIT
11	304206	40,8 UIT	2,2 UIT
12	304206.2	40,8 UIT	1,1 UIT

Atentamente,

