

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 233-2014-GG/OSIPTEL**

Lima, 01 de abril de 2014

EXPEDIENTE N°	:	00071-2013-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA MÓVILES S.A.

VISTOS el Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (GFS) N° 239-GFS/2014 por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador iniciado a TELEFÓNICA MÓVILES S.A. (TELEFÓNICA MÓVILES), por la supuesta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (TUO de las Condiciones de Uso), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, ante el incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 44° y 49° de la misma norma; así como, por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 12° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. A través del Reglamento de Fiscalización Infracciones y Sanciones (RFIS), aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL se recoge el procedimiento para la imposición de sanciones a las empresas operadoras infractoras, por las conductas u omisiones calificadas como infracciones administrativas en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones.
2. Mediante carta C.978-GFS/2012, obrante en el expediente N° 00057-2012-GG-GFS/PAS, notificada el 21 de junio de 2012, la GFS comunicó a TELEFÓNICA MÓVILES el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS) por el presunto incumplimiento del artículo 34^{o(1)} de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL (Condiciones de Uso), otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito. Dicha imputación se sustentó en el análisis contenido en el Informe de Supervisión N° 614-GFS/2012 (Informe de Supervisión 1), de fecha 20 de junio de 2012, contenido en el expediente N° 00030-2012-GG-GFS, respecto de las interrupciones ocurridas los días 10 y 19 de enero de 2012, las mismas que afectaron los servicios de telefonía móvil, y conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet), respectivamente.
3. A través de la carta TM-925-AR-332-2012, recibida el 19 de julio 2012, TELEFÓNICA MÓVILES presentó sus descargos, y solicitó las acumulaciones de los procedimientos sancionadores siguientes: (i) 00043-2011-GG-GFS/PAS, N° 00061-

¹ Actual artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso.

2011-GG-GFS/PAS, N° 00018-2012-GG-GFS/PAS, N° 00041-2012-GG-GFS/PAS, N° 00049-2012-GG-GFS/PAS y N° 00053-2012-GG-GFS/PAS al expediente N° 00057-2012-GG-GFS/PAS; (ii) N° 00053-2012-GG-GFS/PAS al expediente N° 00057-2012-GG-GFS/PAS, en caso de no ser posible lo solicitado en el numeral (i).

4. A través de las Resoluciones de Gerencia de Fiscalización y Supervisión N° 025-GFS-2012/OSIPTEL y N° 028-GFS-2012/OSIPTEL, notificadas el 10 y 24 de agosto de 2012, respectivamente, la GFS denegó las solicitudes de acumulación (i) y (ii) presentadas por TELEFÓNICA MÓVILES, respectivamente. Asimismo, mediante Resolución de Gerencia General N° 490-2012-GG/OSIPTEL notificada el 17 de setiembre de 2012, la Gerencia General se pronunció declarando improcedente el recurso de apelación presentado por dicha empresa operadora contra la Resolución N° 025-GFS-2012/OSIPTEL.
5. Mediante carta C.1178-GFS/2012, obrante en el expediente N° 00062-2012-GG-GFS/PAS, notificada el 01 de agosto de 2012, la GFS comunicó a TELEFÓNICA MÓVILES el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento de los artículos 34° y 39⁽²⁾ de las Condiciones de Uso, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito. Dicha imputación se sustentó en el análisis contenido en el Informe de Supervisión N° 732-GFS/2012 (Informe de Supervisión 2), de fecha 31 de julio de 2012, contenido en el expediente N° 00078-2012-GG-GFS, respecto de las interrupciones que afectaron el servicio de telefonía móvil ocurridas los días 26 de febrero, 06, 09 y 12 de marzo de 2012; tres de las cuales –26 de febrero, 06 y 12 de marzo de 2012 reportadas mediante ticket 213868– no habrían sido comunicadas dentro del día hábil siguiente de producidas, ni acreditadas dentro de los cuatro (04) días hábiles siguientes de producida la causa.
6. A través de la carta TM-925-AR-395-2012, recibida el 15 de agosto de 2012, TELEFÓNICA MÓVILES presentó sus descargos, y solicitó las acumulaciones de los procedimientos sancionadores siguientes: (i) 00043-2011-GG-GFS/PAS, N° 00061-2011-GG-GFS/PAS, N° 00018-2012-GG-GFS/PAS, N° 00041-2012-GG-GFS/PAS, N° 00049-2012-GG-GFS/PAS, N° 00053-2012-GG-GFS/PAS, N° 00057-2012-GG-GFS/PAS y N° 00061-2012-GG-GFS/PAS al expediente N° 00062-2012-GG-GFS/PAS; (ii) N° 00061-2011-GG-GFS/PAS, N° 00053-2012-GG-GFS/PAS y N° 00057-2012-GG-GFS/PAS al expediente N° 00062-2012-GG-GFS/PAS, en caso de no ser posible lo solicitado en el numeral (i).
7. A través de las Resoluciones de Gerencia de Fiscalización y Supervisión N° 031-GFS-2012/OSIPTEL y N° 033-GFS-2012/OSIPTEL, notificadas el 28 de setiembre y 11 de octubre de 2012, respectivamente; la GFS denegó las solicitudes de acumulación (i) y (ii) presentadas por TELEFÓNICA MÓVILES, respectivamente. Asimismo, mediante Resoluciones de Gerencia General N° 598-2012-GG/OSIPTEL y N° 599-2012-GG/OSIPTEL notificadas el 12 de noviembre de 2012, la Gerencia General se pronunció declarando improcedente los recursos de apelación presentados por dicha empresa operadora los días 22 y 23 de octubre de 2012.

² Actual artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso.

8. A través del Informe de Supervisión N° 1036-GFS/2013, de fecha 28 de octubre de 2013 (Informe de Supervisión 3), contenido en el expediente N° 00040-2013-GG-GFS, la GFS emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso por parte de TELEFÓNICA MÓVILES, respecto de las interrupciones ocasionadas durante el primer trimestre del año 2012; así como, de lo dispuesto por el artículo 12° del RGIS.
9. Considerando el análisis contenido en el Informe de Supervisión 3, a través de la carta C.1704-GFS/2013, notificada el 29 de octubre de 2013, la GFS comunicó a TELEFÓNICA MÓVILES el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento de los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso, así como la supuesta configuración de la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS, al haberse verificado lo siguiente: (i) la ocurrencia de sesenta y tres (63) interrupciones que afectaron el servicio de telefonía móvil; (ii) el incumplimiento en remitir al OSIPTEL las acreditaciones correspondientes a treinta y nueve (39) interrupciones reportadas como caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de control de la empresa operadora; y al no haber comunicado cinco (05) interrupciones reportadas como caso fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera de su control; y, (iii) no haber entregado la información señalada en el acápite (a) de la comunicación C.844-GFS/2013, respecto de noventa (90) interrupciones; otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
10. Mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización y Supervisión N° 013-GFS/2013 de fecha 31 de octubre de 2013, la GFS resolvió acumular los expedientes N° 00057-2012-GG-GFS/PAS y N° 00062-2012-GG-GFS/PAS al expediente N° 00071-2013-GG-GFS/PAS, en virtud de lo dispuesto por la Gerencia General en el Memorando N° 509-GG/2013 en consideración a lo resuelto por el Consejo Directivo del OSIPTEL en la Resolución N° 092-2013-CD/OSIPTEL de fecha 11 de julio de 2013.
11. A través de la carta TM-925-AR-727-2013, recibida el 20 de diciembre de 2013, TELEFÓNICA MÓVILES presentó sus descargos contra la imputación contenida en la comunicación C. 1704-GFS/2013.
12. Con fecha 03 de marzo de 2014, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 239-GFS/2014, el cual analiza los descargos presentados por TELEFÓNICA MÓVILES mediante las comunicaciones TM-925-AR-332-2012, TM-925-AR-395-2012 y TM-925-AR-727-2013, y concluye que dicha empresa operadora incurrió en las infracciones tipificadas en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 44° y 49° de la misma norma; así como, en la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS.

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 publicado el 2 de febrero de 2001, el OSIPTEL 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 41º del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL 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.

El artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso, establece el deber de continuidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones, cuando dispone:

Artículo 44º.- 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.

Para determinar qué se entiende por prestación de un servicio en forma ininterrumpida en el marco de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo a la obligación prevista en el TUO de las Condiciones de Uso, se debe acudir a la definición sobre interrupción consignada en el Glosario de Términos de la mencionada norma, la cual señala:

Interrupción del servicio: Incapacidad total o parcial, que imposibilite o dificulte la prestación del servicio, caracterizada por un inadecuado funcionamiento de uno o más elementos de red.

De igual manera, el artículo 49º del TUO de las Condiciones de Uso, estipula obligaciones de comunicación y acreditación a las empresas operadoras cuando se produzcan interrupciones del servicio por caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control, disponiendo lo siguiente:

Artículo 49º.- Interrupción del servicio por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora

En caso de interrupción del servicio por caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, ésta deberá actuar con la diligencia debida. Asimismo, la empresa operadora deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

- (i) Comunicar y acreditar tales eventos a OSIPTEL, dentro del plazo establecido en sus respectivos contratos de concesión, de ser el caso, o comunicar dichos eventos dentro del día hábil siguiente de producida la causa y acreditar dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa.(...)

En el presente caso, de conformidad con lo expuesto en los Informes de Supervisión 1,2 y 3, la empresa TELEFÓNICA MÓVILES habría trasgredido lo establecido por el artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que se verificó que incumplió con la obligación de prestar sus servicios de manera continua e ininterrumpida, por cuanto serían de su responsabilidad la ocurrencia de una (01) y sesenta y ocho (68) interrupciones que afectaron los servicios de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet) y de telefonía móvil, respectivamente.

Asimismo, según señalan los Informes de Supervisión 2 y 3, TELEFÓNICA MÓVILES habría trasgredido lo establecido por el artículo 49º del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que se habría verificado que en el caso de cinco (05) interrupciones no comunicó al OSIPTEL los eventos sucedidos dentro del día hábil siguiente de producida la causa; y en el caso de cuarenta y dos (42) interrupciones no acreditó las mismas

dentro de los cuatro días hábiles siguientes de producida la causa, según lo previsto en la referida norma para el caso de las interrupciones reportadas como caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de su control.

Cabe señalar que los incumplimientos de lo dispuesto por los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso, se encuentran tipificados como infracciones leves en el artículo 2°⁽³⁾ del Anexo 5 de la misma norma.

De otro lado, el artículo 12°⁽⁴⁾ del RGIS establece lo siguiente:

Artículo 12.- La empresa que incumpla con la entrega de información obligatoria incurrirá en infracción grave.

De acuerdo a lo expuesto en el Informe de Supervisión 3, mediante comunicación C.844-GFS/2013, notificada el 03 de junio de 2013, la GFS solicitó a TELEFÓNICA MÓVILES remitir en el plazo perentorio de diez (10) días información obligatoria, la misma que no habría sido presentada, pese a que el plazo de entrega venció el 17 de junio de 2013, configurándose la infracción prevista por el artículo mencionado.

Por lo expuesto, es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley N° 27444, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud 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 perjudicado⁽⁵⁾, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Por consiguiente, corresponde analizar los descargos presentados por la empresa TELEFÓNICA MÓVILES respecto a la imputación de cargos formulada por la GFS.

1. Cuestión previa:

(i) Sobre la solicitud de acumulación de procedimientos

En el presente caso, en virtud del Principio de Celeridad, TELEFÓNICA MÓVILES presentó las siguientes solicitudes de acumulación de los procedimientos de sanción tramitados en los expedientes: (i) N° 00043-2011-GG-GFS/PAS, N° 00061-2011-GG-GFS/PAS, N° 00018-2012-GG-GFS/PAS, N° 00041-2012-GG-GFS/PAS, N° 00049-2012-GG-GFS/PAS y N° 00053-2012-GG-GFS/PAS al expediente N° 00057-2012-GG-GFS/PAS; (ii) N° 00053-2012-GG-GFS/PAS al expediente N° 00057-2012-GG-GFS/PAS; (iii) N° 00043-2011-GG-GFS/PAS, N° 00061-2011-GG-GFS/PAS, N° 00018-2012-GG-GFS/PAS, N° 00041-2012-GG-GFS/PAS, N° 00049-2012-GG-GFS/PAS, N° 00053-2012-GG-GFS/PAS, N° 00057-2012-GG-GFS/PAS y N° 00061-2012-GG-GFS/PAS al

³ Artículo 2°.- Infracciones leves

Constituyen infracciones leves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: (...), 44 (...), 49 (...).

⁴ Disposición recogida de manera similar en el artículo 7° del RFIS.

⁵ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.

expediente N° 00062-2012-GG-GFS/PAS; y (iv) N° 00061-2011-GG-GFS/PAS, N° 00053-2012-GG-GFS/PAS y N° 00057-2012-GG-GFS/PAS al expediente N° 00062-2012-GG-GFS/PAS.

Sobre el particular, el artículo 149^{o(6)} de la LPAG, establece que la autoridad responsable de la instrucción tiene la facultad de acumular los procedimientos en trámite que guarden conexión. Por su parte, el Código Procesal Civil Peruano, al referirse a la conexidad, para la procedencia de la acumulación de pretensiones, señala en su artículo 84^{o(7)} que la misma se produce cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, afines en ellas.

Sin perjuicio de lo señalado, la autoridad responsable de la instrucción también, deberá evaluar la pertinencia de la acumulación, teniendo en cuenta además del requisito de conexidad, criterios de oportunidad y celeridad en los procedimientos materia de acumulación.

En virtud de ello, la GFS, como Órgano de Instrucción, procedió a la acumulación de los expedientes N° 00057-2012-GG-GFS/PAS y N° 00062-2012-GG-GFS/PAS al expediente N° 00071-2013-GG-GFS/PAS, dada la conexidad por periodo de análisis de las interrupciones, puesto que los mencionados expedientes evaluaban interrupciones reportadas por TELEFÓNICA MÓVILES ocurridas durante el primer trimestre de 2012; considerando que los demás expedientes respecto de los cuales dicha empresa operadora solicitaba la acumulación, evaluaban interrupciones correspondientes a otros periodos de análisis.

(ii) Sobre los principios de Predictibilidad e Imparcialidad

De manera previa al análisis de los descargos expuestos por TELEFÓNICA MÓVILES, es preciso indicar que, en el numeral 3.1.3 del Informe de Supervisión 1 se expusieron los fundamentos técnicos a partir de los cuales se llegó a declarar la improcedencia de los medios probatorios presentados por dicha empresa operadora con relación a la interrupción registrada mediante el ticket 209807, reportada en el Sistema de Registro de Interrupciones (SISREP), como producto de una causa externa.

Cabe señalar que el mencionado ticket 209807 fue reportado por TELEFÓNICA MÓVILES como producto de una causa externa referida a *EO PORTADORA o ARRENDADORA*, alcanzado como acreditación el Informe Técnico, así como los correos electrónicos cursados con CGM Perú Móvil y Control de Red Fija Perú, en el cual se da cuenta de un corte de los servicios debido a un rotura del cable de fibra óptica a 19.6 Km de Nazca con dirección a Lomas (Dpto. Ica), lo cual habría sido ocasionado por una máquina retroexcavadora realizando trabajos de nivelación de terreno.

⁶ **Artículo 149°.- Acumulación de expedientes**

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

⁷ **Artículo 84°.- Conexidad**

Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, afines en ellas.

Al respecto, la GFS determinó que dicha documentación únicamente relataba lo acontecido, mas no determinaba técnicamente lo que genera la interrupción; y como consecuencia, no permitía acreditar la causa reportada.

Sobre el particular, es preciso indicar que con la Resolución de Gerencia General N° 244-2012-GG/OSIPTEL, de fecha 23 de mayo de 2012, correspondiente al expediente N° 00008-2012-GG-GFS/PAS seguido contra TELEFÓNICA MÓVILES, se resolvió archivar determinados tickets relacionados con las interrupciones reportadas como producto de la causa externa *EO PORTADORA o ARRENDADORA*, teniendo en cuenta que la GFS se ha pronunciado en oportunidades anteriores⁽⁸⁾ declarando la procedencia ante el mismo tipo de acreditaciones presentadas: **correo electrónico**; con lo cual, no se determinó que tal casuística constituía un incumplimiento del artículo 34° de las Condiciones de Uso (actual artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso).

Por tanto, en atención al principio de Predictibilidad e Imparcialidad, que rige el actuar de la Administración, corresponde **declarar el archivo del ticket N° 209807⁽⁹⁾**, considerando que para tal caso, TELEFÓNICA MÓVILES presentó como acreditación, entre otros, el correo electrónico cursado con la empresa portadora/arrendadora.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que a partir de la fecha de notificación de la mencionada Resolución de Gerencia General N° 244-2012-GG/OSIPTEL, el 24 de mayo de 2012, TELEFÓNICA MÓVILES debe tener en cuenta los criterios a considerarse para la evaluación de interrupciones del servicio comunicados mediante la carta C.105-GFS/2008 de fecha 7 de febrero de 2008.

En consecuencia, corresponde continuar con el análisis de los sesenta y ocho (68) tickets restantes.

2. Análisis de los descargos

En los escritos de descargos presentados los días 19 de julio y 15 de agosto de 2012, y 20 de diciembre de 2013, TELEFÓNICA MÓVILES cuestionó el PAS en los siguientes términos:

- (i) No incumplió con el deber de continuidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, correspondiendo interpretar los alcances de la norma cuyo incumplimiento se le imputa en relación a la normativa vigente y a la Doctrina.
- (ii) Los Informes de Supervisión interpretan la norma trasgrediendo el Principio de Tipicidad.
- (iii) No correspondería el inicio de un PAS, puesto que el TUO de las Condiciones de Uso regula las consecuencias directas de las interrupciones de los servicios, no debiendo considerarse obligaciones adicionales que no forman parte del supuesto típico de la norma.

⁸ Anexo del Informe de supervisión N° 395-GFS/2011 contenido en el Expediente N° 00034-2011-GG-GFS/PAS.

⁹ Servicio de telefonía móvil

- (iv) Los medios probatorios ofrecidos por TELEFÓNICA MÓVILES como acreditaciones de las interrupciones producidas han sido desestimados sin un sustento fáctico y legal.
- (v) La imposición de una eventual sanción a TELEFÓNICA MÓVILES por el supuesto incumplimiento de los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso vulnera el Principio de Razonabilidad que rige la actuación administrativa.
- (vi) La imputación por la infracción prevista por el artículo 12° del RGIS debió sustentarse en una ponderación adecuada de la norma que confiere atribuciones al organismo regulador para exigir información, y la finalidad pública que se pretende cumplir con la exigencia cursada.
- (vii) Las comunicaciones de imputación de cargos carecen de una debida motivación.

2.1. Sobre el deber de continuidad

TELEFÓNICA MÓVILES en sus descargos manifiesta que de acuerdo a lo señalado por la Doctrina, la continuidad como exigencia de los servicios públicos, no debe ser interpretada de modo literal, como equivalente a “permanencia” o “inalterabilidad”, sino más bien a una “regularidad” en la prestación.

Refiere que en la prestación de los servicios públicos, la Doctrina no apuesta por un sistema de perfección o intolerancia absoluta respecto de su prestación, sino más bien por un diseño eficiente de las redes, considerando ciertos niveles tolerables o permitidos, según lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, el artículo 130° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC; así como lo dispuesto en los artículos 44°, 48° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

Asimismo, TELEFÓNICA MÓVILES sostiene que la disposición contemplada en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso establece únicamente un enunciado genérico del deber de prestar los servicios de telecomunicaciones de manera ininterrumpida, sin determinar con exactitud cuándo se produce una interrupción del servicio que califique como una infracción; correspondiendo interpretar los alcances de su contenido en forma integrada con los distintos supuestos en los que se admite la interrupción en la prestación de los servicios, contenida en el artículo 45° y siguientes del TUO de las Condiciones de Uso.

En ese mismo contexto TELEFÓNICA MÓVILES sostiene que el carácter de continuidad no puede ser asimilado a la ausencia absoluta de interrupciones en la prestación del servicio y/o a la perfección o infalibilidad técnica de la red, aún los casos que pueden calificar aisladamente como interrupciones deben ser evaluados en concordancia con el Principio de Razonabilidad, no constituyendo una contravención al Principio de Continuidad cuando se mantenga la finalidad de dicha regla, la misma que no está orientada hacia un sistema carente de fallas, sino más bien a garantizar la prestación del servicio en cumplimiento de determinados estándares.

Con relación a lo manifestado por TELEFÓNICA MÓVILES, es preciso indicar que el presente PAS se sigue al haberse verificado que dicha empresa operadora no habría prestado sus servicios de manera continua e ininterrumpida conforme a lo dispuesto en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que durante el primer trimestre del año 2012 se evidenció la ocurrencia de sesenta y ocho (68) interrupciones que afectaron los servicios de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet) y telefonía móvil.

Sobre el particular, es oportuno señalar en primer término que los mencionados servicios de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet) y telefonía móvil brindados por la referida empresa constituyen servicios públicos de telecomunicaciones, y como tales, conforme lo señala GUZMAN NAPURÍ se encuentran sujetos a una regulación intensa⁽¹⁰⁾.

De conformidad a ello, en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso y la definición contenida en el Glosario de Términos de dicha norma, se reconoce que la prestación del servicio público de telecomunicaciones debe ser continua e ininterrumpida.

De esta manera, el TUO de las Condiciones de Uso se refiere a la obligación de las empresas operadoras de cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida; definiendo la interrupción del servicio como la incapacidad total o parcial que imposibilite o dificulte la prestación del servicio, caracterizada por un inadecuado funcionamiento de uno o más elementos de red⁽¹¹⁾.

Dicho concepto se estableció, a efectos de determinar con exactitud los supuestos que configuran una interrupción del servicio y por ende el incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso; así lo señala la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 084-2006-CD/OSIPTEL⁽¹²⁾, cuando hace referencia a dicha definición:

(...) De acuerdo con dicha definición, se ha establecido que se incumplirá con la obligación de continuidad en la provisión del servicio -y por ende se considerará un supuesto de interrupción de aquél-, cuando se produzca una incapacidad total o parcial para la prestación del servicio (...)
(Sin subrayado en el original).

Como se puede advertir, la imputación realizada en el presente PAS se encuentra amparada en dicha norma, puesto que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, la prestación de los servicios públicos debe ser permanente e ininterrumpida.

¹⁰ Para Christian GUZMAN NAPURÍ, “Un servicio público no lo es por el hecho de que sea prestado y ofrecido por el Estado (...); ni tampoco por su propia naturaleza, sino más bien por decisión del Estado, al considerar que, por su importancia, dicha actividad requiere de una regulación intensa.” (El subrayado no es original). Revista Jurídica del Perú, Normas Legales, Tomo 85, Marzo 2008, Lima, pág. 85.

¹¹ Definición incorporada por el Artículo Tercero de la Resolución N° 084-2006-CD/OSIPTEL, publicada el 7 de enero de 2007, la misma que de conformidad con su artículo Décimo Tercero entró en vigencia el 1 de abril de 2007.

¹² Norma que modifica las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, incorporando el Glosario de Términos que define el concepto de interrupción del servicio.

Sin perjuicio de ello, como bien reconoce TELEFÓNICA MÓVILES, el TUO de las Condiciones de Uso ha establecido de modo expreso -en los artículos 48º y 49º-, los supuestos de carácter excepcional en los cuales el servicio puede verse interrumpido sin que las empresas operadoras incurran en responsabilidad, los mismos que están referidos a lo siguiente:

- a) **Causas justificables.**- relacionadas al mantenimiento o mejora tecnológica en su infraestructura, debidamente comunicado a sus abonados y al OSIPTEL. Estos casos constituyen los únicos supuestos en los cuales se permite que el servicio pueda ser interrumpido por un accionar de la empresa operadora, encontrándose justificado en el mantenimiento o mejora de la prestación del servicio (artículo 48º de las Condiciones de Uso).
- b) **Causas fuera de control.**- que comprende los denominados casos fortuitos, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora toda vez que la interrupción se produce a pesar de que la empresa haya adoptado todas las medidas necesarias (diligencia debida) para cumplir con su obligación de prestar el servicio de manera continua (artículo 49º de las Condiciones de Uso).

De lo antes mencionado, se puede observar que el TUO de las Condiciones de Uso no asimila el concepto de continuidad en la prestación del servicio dentro de un esquema de intolerancia que no admita que los servicios puedan interrumpirse; toda vez que, en los referidos artículos 48º y 49º se establecen supuestos en los cuales la responsabilidad por la interrupción no es atribuible a la empresa operadora, debido a que tales situaciones no obedecen a un incumplimiento de su obligación de continuidad, sino a causas externas o justificables que de manera excepcional pueden suscitarse, siempre que se haya actuado con la diligencia debida.

No obstante lo anterior, en el presente caso, TELEFÓNICA MÓVILES reportó a través del SISREP y de la comunicación TM-925-AR-140-2 recibida el 21 de marzo de 2012, sesenta y ocho (68) interrupciones, de las cuales en sesenta y seis (66) casos dicha empresa operadora no sustentó que las interrupciones producidas se deban a caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de su control, según lo previsto por el artículo 49º del TUO de las Condiciones de Uso; y en dos (02) casos reportó interrupciones como producto de causa no excluyente de su responsabilidad. Siendo así no puede eximirse de responsabilidad por el incumplimiento del deber de continuidad según lo previsto por el artículo 44º del TUO de la misma norma.

2.2. Sobre el Principio de Tipicidad

TELEFÓNICA MÓVILES sostiene en sus descargos que el artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso contiene una tipificación genérica y ambigua, pues contiene una fórmula abierta que no determina qué significa la prestación del servicio en forma continua e ininterrumpida ni bajo qué parámetros o lineamientos se entiende que una empresa ha incumplido sus obligaciones.

En tal medida, TELEFÓNICA MÓVILES señala que la mencionada norma no cuenta con parámetros o lineamientos objetivos desde el punto de vista de la duración de la interrupción, como del ámbito de afectación que permitan determinar cuándo la

prestación del servicio que se ve interrumpida califica como una infracción sancionable, o la graduación aplicable; lo cual atenta contra el Principio de Tipicidad.

Asimismo señala TELEFÓNICA MÓVILES que los Informes de Supervisión 1, 2 y 3, no revelan bajo qué criterio concluyen que se incumple con el deber de continuidad, limitándose a la sola ocurrencia de un número determinado de averías reportadas. En ese sentido, a criterio de dicha empresa operadora, los citados Informes incurren en una interpretación unilateral del artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso, no sustentada en parámetros de carácter objetivo, lo que podría ser calificada como una actuación arbitraria.

Agrega TELEFÓNICA MÓVILES que la vulneración del Principio de Tipicidad no se ve subsanada con la sola mención de la definición de la interrupción del servicio, recogida en el Glosario de Términos de las Condiciones de Uso, puesto que dicha norma no puede completar por remisión el tipo infractor cuya comisión ha sido imputada, toda vez que la norma sancionadora –el artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso– no lo establece.

Concluye la referida empresa que el Principio de Tipicidad ha sido vulnerado al intentar sancionarla utilizando un tipo genérico e impreciso, pues los Informes de Supervisión no proporcionan parámetros objetivos que permitan delimitar los conceptos “continuo” e “ininterrumpido”, de forma tal que a partir de un criterio valorativo se permita establecer un estándar de cumplimiento o incumplimiento.

Al respecto, en relación al Principio de Tipicidad⁽¹³⁾, cabe indicar, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, que dicho precepto exige la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta, resultando éste el límite que se impone al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con precisión suficiente, de manera que se pueda comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal⁽¹⁴⁾.

De esta manera, al ser el Principio de Tipicidad un corolario o exigencia derivada del principio de Legalidad, la discusión sobre una posible afectación debe centrarse inicialmente en la determinación del tipo que sustenta la infracción que se imputa al administrado, pues es a partir de la concreción detallada y precisa del mismo que resultará posible enlazar a éste la correspondiente consecuencia jurídica.

¹³ **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.(...)

¹⁴ Expediente N° 6301-2006-PA/TC.

En el presente caso, conforme se ha señalado, el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso establece que constituye infracción leve el incumplimiento por parte de la empresa operadora del artículo 44° de la citada norma. A su vez este último establece la obligación de la empresa operadora para prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida; estableciéndose en el Anexo 1 del Glosario de Términos de la referida norma, la definición sobre interrupción del servicio como la “incapacidad total o parcial que imposibilite o dificulte la prestación del servicio, caracterizada por un inadecuado funcionamiento de uno o más elementos de red”.

Asimismo, para mayor claridad la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 084-2006-CD/OSIPTEL, hace referencia al deber de continuidad, precisando los alcances de dicha obligación y haciendo referencia a algunos supuestos a modo de ejemplo.

En atención a lo indicado, en el presente caso, se observa que el OSIPTEL ha regulado de modo explícito la obligación de continuidad en la provisión del servicio en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, y ha tipificado de manera expresa, el incumplimiento de dicha obligación como una infracción leve en el artículo 2° del Anexo 5 de la misma norma.

De acuerdo a lo señalado, no se produce una actuación discrecional o arbitraria durante la evaluación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, dado que el análisis de la obligación de continuidad materia de evaluación en el presente PAS tiene en consideración parámetros establecidos en esta misma norma, en la que se ha definido de manera expresa e inequívoca el concepto de interrupción.

En efecto, conforme ha sido desarrollado en el punto anterior, el deber de Continuidad establecido en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso no presupone “*permanencia*” de la capacidad de prestación en todo momento, sino que pese a dicho carácter, en los artículos 48° y 49° de la misma norma se reconocen supuestos de excepción a dicha regla, en los cuales el servicio puede verse interrumpido, sin que las empresas incurran en responsabilidad.

Para tales efectos, a fin de determinar que la empresa operadora se encuentra dentro de estos supuestos de excepción que la eximen de responsabilidad, no basta con alegarlos sino que deben estar debidamente acreditados, lo cual no ha ocurrido en el presente caso. Además, cabe destacar que TELEFÓNICA MÓVILES no discute que las interrupciones en los servicios que brinda se hayan producido, más aún, la propia empresa reportó en el SISREP, las interrupciones que son objeto del presente procedimiento administrativo sancionador. En consecuencia, quedan desvirtuados los argumentos esgrimidos en relación a este extremo.

Finalmente, en cuanto al nivel de afectación de la interrupción, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 230° de la LPAG y lo establecido en el artículo 30° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), la magnitud del daño causado, perjuicio económico, no es un criterio a considerar a fin de verificar la configuración de la infracción, sino a efectos de graduar la sanción, una vez que se ha determinado la comisión de la misma.

2.3. Sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso

TELEFÓNICA MÓVILES manifiesta que se le pretende sancionar por la supuesta infracción al artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, por la ocurrencia de interrupciones reportadas, entre otros, como causa externa, pero cuyas acreditaciones fueron declaradas improcedentes.

Refiere TELEFÓNICA MÓVILES que el artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso establece consecuencias jurídicas específicas para los hechos que se le han imputado en el presente PAS como incumplimientos; de esta la empresa operadora refiere que dicha norma prevé consecuencias jurídicas específicas y diferentes a las asumidas por el OSIPTEL en los Informes de Supervisión 1, 2 y 3, puesto que dicha norma dispone expresamente que ante el incumplimiento de comunicar los eventos sucedidos dentro del día hábil siguiente de producida la causa y acreditarla dentro de los cuatro (04) días hábiles siguiente; así como de presentar un cronograma y plan de trabajo al OSIPTEL para reparar y reponer el servicio cuando la interrupción supere las setenta y dos (72) horas; se aplica únicamente lo dispuesto en los artículos 45°, 46° y 47° del TUO de las Condiciones de Uso, con lo cual, a criterio de dicha empresa operadora, una interpretación distinta vulneraría los Principios de Legalidad y Tipicidad, al considerar obligaciones adicionales que no forman parte del supuesto típico de la norma.

En ese sentido, señala TELEFÓNICA MÓVILES que los casos de interrupciones cuyas acreditaciones fueron declaradas improcedentes, así como los casos en los que no se presentó acreditación alguna no deberían ser considerados por este solo hecho para determinar el supuesto incumplimiento del artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso.

Asimismo, indica dicha empresa operadora que, no resulta coherente se concluya que las interrupciones reportadas como no excluyentes constituyan *per se*, sin ningún tipo de evaluación, un incumplimiento de la mencionada norma.

Agrega dicha empresa operadora, que considerando que el TUO de las Condiciones de Uso regula como consecuencia la devolución y/o compensación a favor del abonado afectado por la interrupción, la Administración debería verificar si se han efectuado las devoluciones, ajustes y/o compensaciones y en tal caso, evaluar si corresponde una sanción por el incumplimiento del artículo 45° de la norma indicada; no siendo posible agregar una consecuencia adicional como una supuesta infracción al artículo 44°, aún en situaciones que puedan calificar como interrupciones del servicio de telecomunicaciones, pues ello no constituye por sí solo una contravención al Principio de Continuidad.

De otro lado, TELEFÓNICA MÓVILES manifiesta que el OSIPTEL le viene exigiendo indebidamente que acredite los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, a fin de no ser sancionada por el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, sin considerar lo previsto por el artículo 1315° del Código Civil, y que la Doctrina ha extendido las características del caso fortuito, fuerza mayor a la sobrevivencia, insuperabilidad,

sobrevivencia, entre otros, los cuales aun cuando no se señalen de manera expresa en esta última norma, se encuentran implícitos en el ordenamiento.

En relación a lo manifestado por TELEFÓNICA MÓVILES, cabe precisar que el análisis del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso, que se sigue en el presente procedimiento administrativo sancionador, no es una consecuencia derivada del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49º de la referida norma, como sugiere TELEFÓNICA MÓVILES en sus descargos; sino una consecuencia del análisis efectuado durante la evaluación de la procedencia de las acreditaciones presentadas por dicha empresa para sustentar el caso fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera del control de la misma que la exima del cumplimiento del mencionado artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso.

En efecto, si como resultado de la evaluación de las acreditaciones –en la que se busca determinar que las causas consignadas en el SISREP ocurrieron de manera fehaciente y que se debieron a circunstancias de caso fortuito, fuerza mayor o circunstancias fuera del control de TELEFÓNICA MÓVILES y se actuó con la diligencia debida– se determina que la documentación presentada es incompleta o resulta insuficiente para considerar que la interrupción se produjo debido a un caso fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera del control de la empresa operadora, la consecuencia directa de ello es que no corresponderá la exención de responsabilidad por dicha interrupción, configurándose un incumplimiento al deber de brindar el servicio de manera continua e ininterrumpida consignado en el artículo 44º de TUO de las Condiciones de Uso.

En ese sentido, se advierte que la consecuencia a la que hace referencia TELEFÓNICA MÓVILES (devoluciones y/o compensaciones) está relacionada directamente a obligaciones distintas a la establecida en el artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso, la cual versa sobre la obligación de prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida.

Lo señalado se encuentra en la misma línea de lo expresado en un pronunciamiento del OSIPTEL⁽¹⁵⁾, en el que se indicó lo siguiente:

Debe advertirse que, si bien TELEFONICA ha manifestado en su recurso de apelación que el incumplimiento del artículo 39º de las Condiciones de Uso, no deriva en la aplicación del artículo 34º de las Condiciones de Uso, por otra parte, en los alegatos presentados con fecha 05 de noviembre de 2012, TELEFONICA reconoce que la regla contenida en el artículo 34º, referida a la prestación del servicio de modo ininterrumpido tiene excepciones, entre ellas, las interrupciones debidas a casos fortuitos o de fuerza mayor (artículo 39º de las Condiciones de Uso), por lo que resulta lógico que, en caso de no encontrarse en tal excepción, corresponda aplicar el artículo 34º de las Condiciones de Uso.

(...)

En consecuencia, no cabe que 1618 reportadas por TELEFONICA como excluyentes de su responsabilidad, sean analizadas bajo las pautas del artículo 39º de las Condiciones de Uso, puesto que en 102 casos no remitió acreditación alguna y, en 1511 casos la documentación remitida no sirvió para acreditar que en efecto los eventos fueron producto de casos fortuitos, fuerzas mayores.

¹⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 170-2012-CD/OSIPTEL.

Por ende, corresponde que las precitadas interrupciones se evalúen bajo lo dispuesto en el artículo 34° de las Condiciones de Uso -que constituye un supuesto diferente al previsto en el artículo 39° de la referida norma-, en tanto su ocurrencia es imputable a la empresa recurrente.

(Sin subrayado en el original)

En atención a lo anterior, en la medida que el incumplimiento de cada uno de los artículos 45°, 46° y 47° del TUO de las Condiciones de Uso, acarrea consecuencias diferentes, no podrían validarse los argumentos esgrimidos por TELEFÓNICA MÓVILES en este extremo.

De otro lado, cabe precisar que en el presente PAS se analizan sesenta y ocho interrupciones (68), las mismas que fueron reportadas por TELEFÓNICA MÓVILES según el siguiente detalle:

Reporte según TELEFÓNICA	N° de tickets
Causa externa:	2 (*)
No excluyentes de Responsabilidad:	66 (**)
No remite acreditación:	42
Acreditación improcedente	24

(*) De las cuales, una (01) fue analizada en el Informe de Supervisión 2 (ticket reportado mediante carta TM-925-AR-140-12) y la restante (01) fue analizada en el Informe de Supervisión 3 (ticket 212037).

(**) De las cuales, una (01) fue analizada en el Informe de Supervisión 1 (ticket 210359), tres (03) en el Informe de Supervisión 2 (reportadas mediante ticket 213868) y sesenta y dos (62) en el Informe de Supervisión 3.

Cabe señalar que si bien de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9⁽¹⁶⁾ del artículo 230° de LPAG, la Autoridad administrativa debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario, 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, de los elementos cognoscitivos o volitivos que determinen la falta de voluntariedad del infractor o de los hechos impositivos o extintivos que lo exoneren de responsabilidad.

En el caso en particular, TELEFÓNICA MÓVILES reportó como interrupciones en el SISREP sesenta y ocho (68) eventos materia de análisis en el presente PAS, con lo cual, una vez verificada la ocurrencia de las interrupciones correspondía a dicha empresa

¹⁶ Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

operadora acreditar -en la línea de lo anteriormente señalado- que los casos en los cuales los eventos se debieron a una causa fuera del control de la empresa operadora, toda vez que en tales casos la carga de la prueba respecto a los eximentes de responsabilidad estaba a cargo de ésta.

Sin embargo, TELEFÓNICA reportó dos (02) como no excluyentes de su responsabilidad y en el caso de sesenta y seis (66) interrupciones reportadas como causa externa, dicha empresa operadora no presentó medio probatorio alguno que pudiera exonerarla de responsabilidad; pese a que bien podría haber desvirtuado su responsabilidad durante el trámite del presente PAS inclusive en el caso de la totalidad de las interrupciones señaladas. Por tanto, no resulta admisible el argumento de dicha empresa operadora respecto a que las interrupciones reportadas como no excluyentes constituyan *per se* incumplimientos del artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso.

Asimismo, cabe señalar que aun cuando TELEFÓNICA MÓVILES alegue su falta de responsabilidad al señalar que los hechos que motivaron las interrupciones se encuentran dentro del ámbito de caso fortuito o fuerza mayor, circunstancias fuera del control de la empresa operadora, u otros análogos, conforme se verá más adelante, de acuerdo al análisis contenido en los Informes de Supervisión se concluyó que TELEFÓNICA MÓVILES no alcanzó la documentación que pudiera acreditar tales circunstancias.

2.4. Sobre los medios probatorios ofrecidos por TELEFÓNICA MÓVILES en relación a las interrupciones producidas

TELEFÓNICA MÓVILES sostiene que en el presente caso no existe una evaluación clara y adecuada de los fundamentos de hecho y de derecho que llevan a descartar los medios de prueba presentados para sustentar su falta de responsabilidad en los hechos que ocasionaron las interrupciones del servicio, no habiéndose especificado los criterios utilizados para determinar que la documentación presentada no resultaba válida para tal finalidad; por tal motivo, a consideración de la mencionada empresa operadora, no se encuentra en la posibilidad de conocer el sustento del supuesto incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, lo cual afecta su derecho de defensa y el deber de motivación por parte de la Administración.

Señala TELEFÓNICA MÓVILES que si bien se ha señalado en los Informes de Supervisión 1, 2 y 3 que existen indicios razonables de su responsabilidad, sin embargo, los mismos no han sido detallados o sustentados para serle atribuidos, pues en el caso de la documentación alcanzada “Informe técnico energía”, la norma no establece que deba contar con mecanismos de previsión, ni mucho menos con ciertos equipos especializados de respaldo de energía eléctrica.

Considera TELEFÓNICA MÓVILES que no constituiría infracción el hecho que el contenido de las acreditaciones sea posteriormente descartado por el organismo regulador, pues bastaría que el OSIPTEL al recibir la documentación presentada la descarte automáticamente, configurándose un incumplimiento.

De esta manera, TELEFÓNICA MÓVILES señala que en el supuesto que el OSIPTEL haya considerado que el contenido de los documentos presentados no resultaban

suficientes para acreditar las interrupciones producidas, debió comunicar y cuestionarlo en su momento en un procedimiento aparte, garantizando el Debido Procedimiento, y su derecho de defensa.

Asimismo, señala dicha empresa operadora que no existe una norma específica que determine cuáles son las pruebas que serían consideradas suficientes para acreditar la interrupción del servicio, lo cual vulnera el Principio de Legalidad y Tipicidad.

De otro lado, manifiesta TELEFÓNICA MÓVILES que en los Informes de Supervisión, el OSIPTEL reconoce que las acreditaciones presentadas sí demuestran que las interrupciones reportadas fueron producto de problemas que no le eran atribuibles, es decir, que los medios de prueba presentados resultaban suficientes, toda vez que evidenciaban la ocurrencia de causas externas; en ese sentido, ante la imposibilidad por parte del organismo regulador de verificar si se aplicaron o no mecanismos de previsión necesarios, se está pretendiendo aplicar a través del intento de sanción, una presunción no sustentada en norma expresa sobre la falta de actuación diligente por parte de TELEFÓNICA MÓVILES, lo cual resulta contrario al Principio de Presunción de Licitud.

En relación a lo indicado por TELEFÓNICA MÓVILES, resulta necesario precisar que el sustento normativo de la obligación por parte de las empresas operadoras, de acreditar las causas alegadas como producto de caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, y adicionalmente la diligencia debida, se encuentra previsto por el artículo 49º del TUO de las Condiciones de Uso.

En efecto, no debe perderse de vista que en atención a lo dispuesto en el TUO de las Condiciones de Uso, si la empresa operadora reporta la interrupción del servicio como producto de caso fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera de su control, se activa en ese momento el deber de remitir la documentación que pruebe la existencia de dicho evento y la exclusión de responsabilidad en relación al mismo.

Cabe indicar que la normativa vigente no ha establecido una lista de *medidas necesarias* o *niveles de protección* para prevenir o mitigar interrupciones, considerando que corresponde a una decisión interna de cada empresa operadora implementar lo más adecuado para que sus elementos de red funcionen apropiadamente y pueda prestarse sus servicios, debiendo acreditar con documentación fehaciente que actuó con la debida diligencia realizando todos los esfuerzos necesarios para mitigar la interrupción, situación que no se dio en el presente caso.

De esta manera, conforme a la evaluación realizada por la GFS para cada una de las interrupciones materia del presente PAS, descritas en los Informes de Supervisión 1, 2 y 3, se determinó que los documentos alcanzados por TELEFÓNICA MÓVILES a través del SISREP para acreditar las interrupciones por causa externa, no demostraban la causa reportada o el motivo de la interrupción que pudiera determinar que las interrupciones se debieron a una situación de caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora.

En este punto debe tenerse en consideración que no es ajeno al conocimiento de TELEFÓNICA MÓVILES que para exonerarse de responsabilidad por las interrupciones por causa externa debía acreditar la ocurrencia del evento así como la diligencia

adoptada, aspectos que no sólo están establecidos en la normativa vigente sino que además fueron comunicados por este Organismo a la referida empresa.

En efecto mediante carta N° 105-GFS/2008⁽¹⁷⁾, notificada el 07 de febrero de 2008 se informó a TELEFÓNICA MÓVILES los criterios para el caso de interrupciones por fallas de la red del proveedor y corte de energía eléctrica señalando en la referida misiva que la diligencia sería evaluada antes y después de la ocurrencia de situaciones de caso fortuito, fuerza mayor, u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora.

Asimismo, mediante carta N° C. 231-GFS/2008, recibida el 18 de marzo de 2008⁽¹⁸⁾, la GFS señaló en un caso en que se produjo la interrupción por suspensión de la energía eléctrica, que a fin de acreditar la diligencia debida, TELEFÓNICA MÓVILES podría haber comunicado las acciones que adoptó para asegurar el funcionamiento del banco de baterías y grupos electrógenos por un tiempo razonable.

¹⁷ Carta N° C. 105-GFS/2008:

(...)

Por tanto, las acciones de las personas naturales o jurídicas a quienes la empresa prestadora del servicio haya contratado para poder prestar el mismo le son imputadas a efectos de verificar el cumplimiento de sus obligaciones ⁽¹⁷⁾. (...)

En ese sentido, sobre la base de la opinión emitida por la Gerencia Legal, en aquellos casos en que vuestra empresa interrumpa la prestación de servicios a sus usuarios, debido a fallas en elementos de red de la empresa portadora con la que su representada haya establecido una relación contractual para la provisión de servicios portadores, esta Gerencia considera que tal interrupción no debe ser incluida dentro de los supuestos de interrupciones que se encuentran fuera del control de vuestra empresa.

Asimismo, a efectos de determinar la responsabilidad por la afectación a la prestación del servicio continuo y la consecuente procedencia de la compensación o devolución a los usuarios afectados por la interrupción, se analizará la diligencia de la empresa operadora o de la portadora, entre otros, en los siguientes escenarios:

- (i) en la actuación previa a una interrupción, orientada a evitarla y/o mitigar sus efectos; y,
- (ii) en la actuación posterior a cada interrupción, orientada a reestablecer el servicio afectado de manera inmediata, en el tiempo mínimo posible.

En ese sentido, la actuación diligente será evaluada antes y después de la ocurrencia de situaciones de caso fortuito, fuerza mayor, u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora que hayan originado la afectación a la prestación del servicio de manera ininterrumpida.

De otro lado, le informamos que sobre la base de los fundamentos expuestos por nuestra Gerencia Legal, se considera que los mismos resultan igualmente aplicables respecto de las interrupciones de un servicio público de telecomunicaciones originadas como consecuencia de la falta de suministro eléctrico, dado que la elección de una o más fuentes específicas de provisión de energía, así como de sus respectivos proveedores, corresponde a decisiones adoptadas en atención a criterios técnicos, económicos o de otra índole, previamente evaluados por su representada.

¹⁸ (..) Los documentos presentados muestran el Log de alarmas por la interrupción, así como los informes técnicos de los problemas de energía. Cabe señalar que el solo hecho de comunicar que existió un corte de energía comercial, no implica la exención de responsabilidad por la interrupción del servicio, toda vez que el corte de energía pudo haber sido programado y comunicado con anticipación por el concesionario eléctrico a TMO, supuesto en el cual se hubiera evaluado el cumplimiento del deber de actuación diligente. En ese sentido, se pudo haber remitido un documento que acredite la comunicación del proveedor de energía eléctrica dirigido a TMO indicando la causa del corte. Asimismo, no se advierte acreditación respecto de haber actuado con la diligencia debida a fin de contrarrestar los efectos de la suspensión de energía eléctrica, para lo cual, a modo de ejemplo, TMO pudo haber comunicado las acciones que adoptó para asegurar el funcionamiento del banco de baterías y grupos electrógenos por un tiempo razonable. Sin embargo, la documentación remitida a modo de acreditación no contiene información sobre las causas mencionadas por TMO en cada corte de energía comercial (caso fortuito o fuerza mayor, u otras circunstancias fuera de su control), así como haber actuado con la diligencia requerida. (...)

En ese sentido, en los Informes de Supervisión, la GFS evaluó la acreditación remitida por TELEFÓNICA MÓVILES a fin de eximirse de responsabilidad respecto de las interrupciones que habrían sido generadas por causa externa, habiéndose expuesto el motivo de la improcedencia de las acreditaciones presentadas: “Correo electrónico”, “Informe Técnico” y “Carta a Empresa Eléctrica sin sello de recepción”, tal y como se puede apreciar a continuación:

Informe de Supervisión 1

Ticket 210359

Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación
Referencia de reporte mediante carta DR-107-C-0118-DF-12 de TIWS PERU	Del análisis efectuado a la información contenida en la carta DR-107-C-0118-DF-12, la GFS determina que ésta genera indicios razonables para considerar que la causa de la interrupción corresponde a la reportada por Telefónica International Wholesale Services Perú S.A.C. (TIWS), toda vez que se trata de una interrupción en su servicio portador, y además, la fecha y hora de inicio y fin, y la zona afectada de la interrupción reportada por TMO coincide con la fecha y hora de inicio y fin, y la zona afectada reportada por TIWS (empresa proveedora del servicio portador).

Sin embargo, en los casos descritos anteriormente, si bien acreditan la causa de los eventos reportados, es decir problemas con la empresa proveedora del servicio portador, cabe señalar que de los medios probatorios presentados por TMO a fin de que se le excluya de responsabilidad de las interrupciones acaecidas, no es posible verificar que la misma haya adoptado para el caso de “EO portadora o arrendadora”: los mecanismos de previsión necesarios (vg. sistema de respaldo) y que se encuentren operativos durante la interrupción (vg. log de alarmas de los equipos que conmutaron a la red de respaldo¹⁹ y los registros de tráfico cursados en los elementos de red afectados²⁰).

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, TMO no habría demostrado una actuación diligente (...)

Informe de Supervisión 2

Eventos consignados en el SISREP como producto de corte de suministro eléctrico, reportados mediante ticket 213868 (interrupciones ocurridas el 26 de febrero, 06 y 12 de marzo de 2012).

Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación
Informe Técnico	La documentación remitida únicamente relata lo acontecido, mas no determina técnicamente lo que genera la interrupción. En consecuencia, no permite acreditar que estuvo fuera de la esfera de su control.
Carta a Empresa Eléctrica sin sello de recepción	La documentación sólo permite verificar que la empresa operadora emitió la carta, mas no permite determinar con certeza que la referida documentación fue recibida por la empresa proveedora del servicio eléctrico debido a que no está consignado el sello de recepción de dicha empresa, donde se pueda verificar la fecha y hora de recepción de la misma.

Asimismo, de los documentos remitidos por TMO a fin de que se le excluya de responsabilidad de las interrupciones acaecidas, no es posible verificar que TMO haya adoptado los mecanismos de previsión necesarios (vg. sistema de respaldo de energía eléctrica como: banco de baterías, equipos de grupo electrógeno²¹ u otros sistemas de energía propio o contratado), que se encuentren operativos durante

¹⁹ Registro de activación (**Log de alarma**) a la red de respaldo de los elementos de red que fueron afectados durante las interrupciones.

²⁰ Registro de activación (**Trafico cursado por servicio**) Servicios Finales, servicio de telefonía móvil y Conmutación de datos por paquetes (Acceso a internet)

²¹ TMO señala en su informe técnico que el grupo electrógeno móvil (GE móvil) presentó problemas de operatividad el día 06-03-12 y el día 12-03-12 dejando sin servicio la estancación base de Masitranca.

la interrupción (vg. log de alarmas de los equipos que conmutaron al sistema de respaldo de energía eléctrica²² y los registros de tráfico cursados en los elementos de red afectados²³). En ese sentido, la empresa operadora tampoco habría demostrado una actuación diligente.

Informe de Supervisión 3

- Falla del proveedor de energía eléctrica⁽²⁴⁾

Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación
Carta de proveedor de suministro eléctrico	El contenido de la documentación permite verificar que efectivamente ocurrió el hecho acaecido manifestado por la EO, toda vez que ha sido comunicado a la entidad correspondiente.
Resolución de reclamo del proveedor de energía eléctrica	La documentación permite verificar que el reclamo presentado por la EO ante su proveedor de energía eléctrica fue declarado fundado, toda vez que el proveedor reconoce que efectivamente ocurrió el corte de energía eléctrica.

En el caso descrito anteriormente, si bien queda acreditado que las interrupciones se debieron a: “Falla del proveedor de energía eléctrica”, corresponde verificar si las documentaciones presentadas acreditan que tales hechos fueron causa suficiente para generar la interrupción del servicio, en tanto que pudo haber adoptado las medidas necesarias para que aun habiéndose producido estos eventos el servicio se mantenga de manera continua e ininterrumpida. Al respecto, del análisis efectuado a la siguiente documentación, se tiene lo siguiente:

Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación (Ex - ante)
Previsión-energía.(ex ante)	La EO no remitió información de los mecanismos de previsión necesarios (vg. sistema de respaldo de energía eléctrica como: banco de baterías, equipos de grupo electrógeno u otros sistemas de energía propio o contratado).
Respuesta EO-energía.(ex ante)	La EO no remitió información de los mecanismos de previsión necesarios (vg. sistema de respaldo de energía eléctrica como: banco de baterías, equipos de grupo electrógeno u otros sistemas de energía propio o contratado).
Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación (Durante)
Informe técnico-energía.durante	La documentación señala que el evento fue originado por un corte de energía comercial no programado, asimismo indica la ubicación de la estación base afectada, el tipo de sistema de energía empleado, la hora de alarma de falla de red y los procedimientos realizados para el restablecimiento de los servicios afectados.
Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación (Ex – Post)
Respuesta EO-energía.(ex-post)	La EO no remitió información de las mejoras implementadas ó a implementar en su red a fin de garantizar la continuidad del servicio.

- Problemas con el proveedor de energía⁽²⁵⁾, según lo reportado por TELEFÓNICA MÓVILES, los cuales, al igual que el caso anterior, las interrupciones están homologadas a la causa: “Falla del proveedor de energía eléctrica”

Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación
Informe Técnico	La documentación únicamente relata lo acontecido, mas no determina técnicamente lo que genera la interrupción. En

²² Registro de activación (**Log de alarma**) al sistema de respaldo de energía eléctrica que fueron afectados durante las interrupciones.

²³ Registro de activación (**Trafico cursado por servicio**) Servicio de telefonía móvil.

²⁴ Tickets N° 209255, 209315, 209332, 209412, 209413, 209626, 209671, 209673, 209756, 209802, 210028, 210029, 210030, 210031, 210103, 210382, 210384, 210385, 210386, 210693, 210694, 210753, 211664, 211667, 212031, 212032, 213733, 213984, 213988

²⁵ Tickets N° 209627, 209670, 209672, 209908, 210236, 210237, 210383, 211348, 211660, 211661, 211662, 211663, 211665, 211666, 212030, 212106, 212498, 212538, 213600, 213604, 213636, 213637, 213675, 213678, 213732, 213866, 213901, 213986, 213989, 214024, 214149, 214273, 214274

	<i>consecuencia, no permite acreditar la causa de la interrupción.</i>
<i>Carta a Empresa Eléctrica sin sello de recepción</i>	<i>La documentación solo permite verificar que la empresa operadora emitió la carta, mas no permite determinar con certeza que la referida documentación fue recibida por la empresa proveedora del servicio eléctrico debido a que no está consignado el sello de recepción de dicha empresa, donde se pueda verificar la fecha y hora de recepción de la misma.</i>
<i>Archivo con contenido distinto</i>	<i>La documentación corresponde a hechos distintos a los reportados como causa de la interrupción</i>

Cabe precisar que, conforme se desprende claramente del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso, no basta con reportar la ocurrencia de la interrupción y presentar documentación que acredite la ocurrencia del hecho; pues adicionalmente, corresponderá a la autoridad administrativa evaluar si la misma resulta suficiente para crear convicción de la presencia de una causal de exención de responsabilidad, como es el caso fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera del control de la empresa operadora.

Lo indicado, se encuentra claramente señalado en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 084-2006-CD/OSIPTEL, publicada el 7 de enero de 2007, la cual modifica en parte el texto de la Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL, donde se hace referencia al artículo 39° de dicha norma (cuyo texto, permanece invariable en el actual artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso), como se muestra a continuación:

Dicha consecuencia será igualmente aplicable en los casos en los que aun habiendo comunicado tales eventos a OSIPTEL de conformidad con el numeral (i) del artículo 39°, este Organismo determinase que la acreditación adjunta a ésta última es incompleta o carece de algún elemento determinante para crear convicción sobre la naturaleza jurídica de dichos eventos (acreditación defectuosa); o cuando aun habiendo acreditado la ocurrencia de tales eventos, dicha acreditación resulta insuficiente para que los mismos puedan ser calificados como producto de una causa no imputable a la empresa operadora (acreditación insuficiente). Del mismo modo, en caso la presentación del cronograma o plan de trabajo de la empresa operadora no resulte razonable y proporcional para la reparación y reposición del servicio interrumpido, OSIPTEL determinará como improcedente el mismo (...).

(Subrayado agregado)

En consecuencia, queda descartada la afirmación de que el OSIPTEL estaría presumiendo una falta de actuación diligente, lo cual contradice el Principio de Licitud, no sólo porque la acreditación de este elemento corresponde exclusivamente a la empresa operadora^{(26) (27)}, sino porque en lo que se refiere a este caso en particular, TELEFÓNICA

²⁶ Ello ha sido confirmado por diferentes autores:

- “(...) corresponde a la Administración la prueba de los hechos constitutivos de la acusación para desvirtuar la presunción de inocencia, y corresponde al presunto infractor la prueba de los hechos impeditivos o extintivos que alega y que introduce en el procedimiento administrativo (...)” (Subrayado agregado) (GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Los principios de la potestad sancionadora. 1era Edición. Iustel. Madrid, 2008. P.196).
- “Reconoce el precepto a la Administración Pública una facultad, que es deber al propio tiempo, para la práctica de oficio de cuantas pruebas conduzcan a la determinación de los hechos y la fijación de la participación en ellos a los imputados; principio no refido lógicamente con el derecho de los inculpadados a aportar o solicitar la práctica de todas aquellas pruebas que estimen oportunas a su defensa y que el órgano competente deberá admitir salvo que las considere improcedentes (...)” (Subrayado agregado). (BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. La prueba en el procedimiento administrativo. Editorial Arazandi S.A. Navarra, 2001. P. 213.

MÓVILES no ha cumplido con acreditar que la causa de las interrupciones corresponden a las consignadas en el SISREP, es decir, el sustento de la declaración de improcedencia se sitúa en un estadio previo al análisis de la diligencia debida, quedando desvirtuados los argumentos planteados en este extremo, no existiendo trasgresión a los Principios de Legalidad, Debido procedimiento, Verdad material y el deber de motivación de actos administrativos.

Finalmente, cabe señalar que según se aprecia del expediente de supervisión N° 0040-2013-GG-GFS, y según se señala en los antecedentes del Informe de Supervisión 3, a través de diferentes comunicaciones, el OSIPTEL solicitó información en relación a los hechos que generaron las interrupciones durante el primer trimestre del 2012⁽²⁸⁾, lo que acredita que incluso en la etapa de instrucción, la empresa operadora pudo remitir pruebas adicionales para exonerarse de responsabilidad, lo cual no ocurrió en el presente caso.

2.5. Sobre el Principio de Razonabilidad

TELEFÓNICA MÓVILES manifiesta que la decisión de inicio del presente PAS contraviene al Principio de Razonabilidad, toda vez que no se advertiría la realización de una ponderación adecuada de los hechos que sustentan la imputación de la infracción administrativa, habida cuenta de la inexistencia de parámetros objetivos sobre las cuales se basó la misma, con lo cual, la imposición de una eventual sanción por el supuesto incumplimiento del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso vulnera el Principio de Razonabilidad que rige la actuación administrativa.

Señala TELEFÓNICA MÓVILES que en el Informe de Supervisión 3 se ha especificado que cumplió con emitir información parcial sobre las interrupciones que fueron reportadas durante el primer trimestre del año 2012, con lo cual, resulta erróneo afirmar una falta de

²⁷ Criterio confirmado, entre otros, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-CD/OSIPTEL. Cabe agregar que, doctrinariamente, se ha reconocido que corresponde al presunto infractor desvirtuar la alegación de culpabilidad argüida por la Administración, demostrando que su actuación se ha debido a un hecho no imputable a aquél: *“(...) corresponde a la Administración la prueba de los hechos constitutivos de la acusación para desvirtuar la presunción de inocencia, y corresponde al presunto infractor la prueba de los hechos impositivos o extintivos que alega y que introduce en el procedimiento administrativo (...)”* (Subrayado agregado) (GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Los principios de la potestad sancionadora. 1era Edición. Iustel. Madrid, 2008. Pág.196).

²⁸ Así, tenemos lo siguiente:

- Carta C.474-GFS/2012, notificada el 12 de marzo del 2012, se solicitó a TELEFÓNICA MÓVILES remita información de los eventos ocurridos el 20, 21 y 22 de febrero del 2012.
- Carta C.248-GFS/2013, notificada el 26 de febrero de 2013 se solicitó a MOVISTAR a TELEFÓNICA MÓVILES remita información de cinco (05) casos referente al tiempo de la interrupción por trabajos de mantenimiento o mejora tecnológica que afectaron los servicios públicos de telecomunicaciones ocurridos durante el primer trimestre del 2012.
- Carta C.317-GFS/2013, notificada el 11 de marzo de 2013 se solicitó a TELEFÓNICA MÓVILES remita información de ciento setenta y un (171) casos de interrupción sobre los abonados afectados, ocurridos durante el primer trimestre del 2012.
- Carta C.384-GFS/2013, notificada el 21 de marzo de 2013 se solicitó a TELEFÓNICA MÓVILES remita información de ciento veintiséis (126) casos referente a las medidas adoptadas para mantener la continuidad del servicio brindado durante primer trimestre del 2012.
- Carta C.844-GFS/2013, notificada el 3 de junio de 2013 se solicitó a TELEFÓNICA MÓVILES remita información faltante sobre los abonados e interrupciones que afectaron los servicios públicos de telecomunicaciones ocurridos durante el primer trimestre del 2012.

cumplimiento total de dicha obligación. De esta manera, dicha empresa operadora refiere que al momento del inicio del PAS, no se ha tomado en consideración que toda entrega de información al organismo regulador requiere necesariamente la realización de diversas actuaciones previas que permitan su adecuada organización, de tal forma que posteriormente se evite una eventual sanción por entrega de información inexacta.

Agrega TELEFÓNICA MÓVILES que la remisión de información al OSIPTEL es una exigencia que requiere la aplicación de una serie de procedimientos internos, toda vez que la empresa operadora debe sistematizar dicho elemento para que no existan ambigüedades ni omisiones; siendo así, considera dicha empresa operadora que resultaría contrario al Principio de Razonabilidad pretender sancionarla por remitir información parcial, más aun cuando los plazos designados para cumplir con este requerimiento fueron muy cortos.

Con relación a lo indicado por TELEFÓNICA MÓVILES, corresponde señalar que el OSIPTEL ha actuado dentro de las facultades legales y técnicas que le han sido atribuidas en la normativa vigente, en particular conforme a lo dispuesto en el TUO de las Condiciones de Uso; habiendo cumplido también con mantener la debida proporción entre el medio empleado –esto es el inicio del procedimiento administrativo– y los fines públicos que se debe tutelar, a fin de responder a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En cuanto al incumplimiento del artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, conforme se ha indicado, en los Informes de Supervisión 1, 2 y 3, se determinó que la referida empresa incumplió con lo dispuesto en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, considerando la información brindada por TELEFÓNICA MÓVILES, la misma que no permitió acreditar que las interrupciones se debían a hechos derivados de caso fortuito, fuerza mayor, u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora.

De otro lado, en cuanto al artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso, debe precisarse que esta norma es la que establece los plazos para la entrega de las acreditaciones por las interrupciones reportadas como producto de caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora. No obstante, de acuerdo al análisis efectuado en los Informes 2 y 3, se verifica que en el caso de ocho (08)⁽²⁹⁾ interrupciones, dicha empresa operadora no cumplió con comunicar tales eventos al OSIPTEL dentro del día hábil siguiente de producida la causa; y en el caso de cuarenta y dos (42)⁽³⁰⁾ interrupciones no presentó ningún tipo de acreditación, aun cuando en ella recae la carga de la prueba para exonerarse de responsabilidad, según lo previsto por el artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

A ello, es preciso agregar que mediante Resolución N° 480-2011-GG/OSIPTEL, notificada el 17 de octubre de 2011, la Gerencia General impuso una Medida Correctiva a

²⁹ Tickets 213868 (por las interrupciones producidas los días 26 de febrero, 06 y 12 de marzo de 2012), 211298, 213253, 213254, 213255, 213256

³⁰ Tickets 213868 (por las interrupciones producidas los días 26 de febrero, 06 y 12 de marzo de 2012), 209908, 209973, 209993, 209994, 210236, 210237, 210383, 210510, 210511, 210512, 211348, 211660, 211661, 211662, 211663, 211664, 211665, 211666, 211667, 211782, 211783, 211784, 211785, 211786, 212030, 212084, 212106, 212498, 212537, 212538, 212562, 212851, 212852, 212853, 212855, 212897, 212921, 212922, 213902.

TELEFÓNICA MÓVILES a efectos de que remita las medidas o acciones que implementará para no volver a incumplir lo dispuesto en el artículo 39° de las Condiciones de Uso –actual artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso–; no obstante, la mencionada empresa operadora volvió a incumplir con lo dispuesto en el numeral i) del artículo antes indicado. Considerando lo indicado, resulta razonable y proporcional el inicio del presente PAS a efectos de incentivar a la empresa operadora cumplir con lo dispuesto por la normativa vigente.

En ese orden de ideas, se puede afirmar que se ha dado estricto cumplimiento al Principio de Razonabilidad, que de acuerdo a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos⁽³¹⁾.

2.6. Sobre el incumplimiento del artículo 12° del RGIS

TELEFÓNICA MÓVILES manifiesta que para cumplir con el requerimiento de información formulado por el organismo regulador en el presente caso, era necesario contar con un plazo razonable que le permita aplicar los procedimientos internos pertinentes para recopilar toda la información requerida. Por esta razón, y tratándose de casos de interrupciones, resulta lógico y coherente que la empresa operadora requiera utilizar una serie de mecanismos vinculados a la detección y análisis de las causas de dichos eventos, de tal forma que la remisión de esta información resulta ser una tarea compleja y sistematizada que únicamente se podría realizar en un plazo suficientemente extenso.

En ese sentido, TELEFÓNICA MÓVILES sostiene que en virtud de la aplicación del Principio de Razonabilidad, la imputación de cargos debió sustentarse en una ponderación adecuada de la norma que confiere atribuciones al organismo regulador de exigir información, y de la finalidad pública que se pretende cumplir con la exigencia cursada.

Sobre ello, TELEFÓNICA MÓVILES afirma que si bien en el presente caso el OSIPTEL pretende sustentar la imputación de la infracción administrativa en la necesidad de determinar la afectación generada por las interrupciones en el servicio, ello por sí solo no justifica el corto plazo perentorio otorgado, en la medida que no se advierte la existencia de una justificación o parámetro expreso previamente establecido por la norma.

Por otro lado, TELEFÓNICA MÓVILES señala que la imputación de cargos supone la existencia de abonados afectados, sin embargo, ello no encuentra sustento en hechos efectivamente comprobados y, en todo caso, partiría de una presunción que no tiene sustento en el ordenamiento, y que resulta contraria al Principio de Verdad Material. Adicionalmente, dicha empresa operadora sostiene que la imputación de cargos califica como una exposición de fórmulas generales o vacías de fundamento, supuesto expresamente proscrito como motivación de acuerdo a lo previsto por el artículo 6°, numeral 6.3 de la LPAG⁽³²⁾, y que vulnera el Principio de Legalidad.

³¹ Exp. N° 0006-2003-AI/TC.

³² **Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo**
(...)

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

Con relación a lo indicado por TELEFÓNICA MÓVILES, corresponde señalar que de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 4.1 del artículo 4° de la LDFF el OSIPTEL tiene la facultad para solicitar a las entidades supervisadas todo tipo de información relacionada con el objeto de la supervisión, lo cual encuentra correlación con lo dispuesto por el artículo 14° y el primer párrafo del artículo 6° del Reglamento de Supervisión⁽³³⁾, considerando que justamente las acciones de supervisión tienen por objeto comprobar o acceder a la información necesaria para formar convicción sobre la comisión de una infracción o descartar tal situación.

En ese sentido, contrariamente a lo que señala TELEFÓNICA MÓVILES, el OSIPTEL tiene la facultad de solicitar cualquier tipo de información a las empresas operadoras, siempre que las mismas conlleven al cumplimiento de sus funciones y al objeto de la supervisión, que en el caso particular fue ejercer la función supervisora respecto de las interrupciones del servicio reportadas a través del SISREP durante el primer trimestre del año 2012, y determinar si existía responsabilidad por parte de la empresa operadora.

Ahora bien, atendiendo a las particularidades del presente caso, corresponde evaluar si concurren los elementos necesarios que permitan eximir de responsabilidad a la empresa operadora respecto a lo dispuesto por el artículo 12° del RGIS. Sobre el particular, tal y como se ha señalado, a través de la carta C.844-GFS/2013 notificada en fecha 03 de junio de 2013⁽³⁴⁾, se solicitó información a dicha empresa operadora, disponiéndose de manera expresa la obligatoriedad y perentoriedad del requerimiento, otorgándole diez (10) días hábiles, toda vez que ello coadyuvaría al desarrollo de la supervisión en relación a las interrupciones reportadas y su impacto entre los abonados y/o usuarios de los servicios involucrados.

Cabe anotar que de acuerdo a lo señalado en el Informe de Supervisión 3, y según se aprecia de la misma comunicación C. 844-GFS/2013, previamente, a través de la comunicación C. 317-GFS/2013 notificada el 11 de marzo de 2013⁽³⁵⁾ se solicitó a TELEFÓNICA MÓVILES la relación de los abonados cuyos servicios se vieron interrumpidos y la metodología empleada para determinar la cantidad de los abonados afectados.

Con lo cual, pese a haberse solicitado previamente la información y al tiempo transcurrido entre una y otra comunicación, TELEFÓNICA MÓVILES no alcanzó la información solicitada, imputándosele la comisión de la infracción respecto a noventa (90)⁽³⁶⁾ eventos a través de la comunicación C.1704-GFS/2013 de fecha 23 de octubre de 2013.

³³ Reglamento General de Acciones de Supervisión del cumplimiento de la normativa aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones Aprobado mediante Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL:

Artículo 14°.- En cualquier modalidad de acción de supervisión, los funcionarios responsables de efectuarlas o las instancias competentes del OSIPTEL están plenamente facultadas para:

Exigir a las personas naturales o jurídicas supervisadas la exhibición o presentación de todo tipo de documentos, expedientes, archivos y otros datos, incluyendo libros contables, facturas, recibos, comprobantes de pago y los registros magnéticos y, de ser el caso, los programas que fueran necesario para su lectura (...)(Sin subrayado en el original)

³⁴ Obrante de fojas 35 a 37 en el expediente de supervisión N° 0040-2013-GG-GFS.

³⁵ Obrante a fojas 20 y 21 en el expediente de supervisión N° 0040-2013-GG-GFS

³⁶ Tickets N° 212851, 212853, 210510, 212922, 209255, 213866, 209315, 213902, 209332, 212030, 209412, 209413, 209626, 209671, 212538, 213989, 209673, 209756, 209802, 210028, 210029, 210030, 214024,

Asimismo, a criterio de esta Instancia, en el presente caso no se aprecia causa alguna que exima a TELEFÓNICA MÓVILES de su responsabilidad, considerando que en atención a su solicitud presentada a través de la comunicación TM-925-AR-159-13 de fecha 19 de marzo de 2013, el OSIPTEL otorgó un plazo adicional de siete (07) días hábiles mediante correo electrónico de fecha 20 de marzo de 2013, para presentar la documentación; sin embargo, a la fecha la empresa operadora no ha cumplido con remitir la información pendiente solicitada por este Organismo Regulador, no habiendo justificado las circunstancias que la imposibilitan de alcanzar la información de manera completa y el tiempo que le demandaría cumplir con tal requerimiento.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en estricta aplicación de lo establecido en el artículo 12° del RGIS, la infracción queda configurada cuando, al vencimiento del plazo perentorio otorgado, la empresa no hubiera entregado la información requerida, como sucedió en el caso bajo análisis. De acuerdo a lo señalado, debe concluirse que, en efecto, TELEFÓNICA MÓVILES ha incurrido en la conducta infractora tipificada en el artículo 12° del RGIS, no habiéndose vulnerado el Principio de Tipicidad y la debida motivación.

2.7. Sobre la motivación de las cartas de imputación de cargos

Señala TELEFÓNICA MÓVILES que los Informes de Supervisión se encuentran basados en una serie de conjeturas, suposiciones y afirmaciones que no cuentan con sustento jurídico ni fáctico, los mismos que le generan una situación de indefensión, en la medida que no se tiene conocimiento preciso de los criterios utilizados por OSIPTEL para determinar si se cuenta o no con mecanismos de previsión o si se cuenta con el “nivel de protección suficiente” para evitar futuras interrupciones.

Asimismo, la empresa operadora señala que la exigencia de motivación de las decisiones administrativas califica como uno de los requisitos de validez de todo acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3°, numeral 4. y el numeral 1.2 Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, al formar parte de uno de los elementos que integran el contenido del Principio del Debido Procedimiento.

Con relación a lo señalado por TELEFÓNICA MÓVILES, cabe mencionar que la motivación es suficiente cuando se da razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión⁽³⁷⁾; de esta manera, la LPAG señala que la motivación del acto administrativo debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos

213637, 209908, 213675, 211348, 213678, 209627, 211665, 209670, 214149, 211784, 210031, 210103, 213600, 210382, 212897, 211786, 213255, 210511, 210384, 210385, 214274, 210512, 210386, 210693, 210694, 211660, 211661, 211662, 211663, 212106, 212852, 210753, 211783, 212498, 211782, 211664, 210383, 211667, 210237, 209672, 212031, 214273, 213604, 212855, 212032, 211666, 213732, 211785, 213636, 213256, 213986, 213733, 210236, 213253, 213254, 213984, 212084, 212562, 213988, 213901, 212537, 209993, 212921, 209973, 211298, 209994, 212037.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomas - RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997. “(...) la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. (...)”.

probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado⁽³⁸⁾.

En el presente caso, conforme se ha podido advertir, los Informes de Supervisión que forman parte de la imputación de cargos efectuada a través de las comunicaciones C.978-GFS/2012, C.1178-GFS/2012 y C.1704-GFS/2013, respectivamente, contienen la evaluación de los medios probatorios alcanzados por la empresa operadora, en los cuales se ha comprobado en primer lugar, la ocurrencia de los hechos, determinándose luego si los medios probatorios alcanzados resultaban idóneos para acreditar la causa externa basada en caso fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera del control por parte de la empresa operadora, verificándose finalmente, si ésta actuó con la diligencia del caso.

De esta manera, no podría afirmarse que existe un incumplimiento del deber de la Administración a una debida motivación, y que no se han respetado las garantías inherentes al debido procedimiento, puesto que adicionalmente se ha brindado la posibilidad para que TELEFÓNICA MÓVILES ofrezca los medios probatorios de manera física y a través del SISREP, valorándose –conforme se ha señalado– el integro de los medios probatorios ofrecidos por la empresa operadora al consignarse en los Informes de Supervisión las razones de la improcedencia de tales medios probatorios, lo cual fue puesto en conocimiento de dicha empresa operadora desde el inicio del presente PAS, con la notificación de las comunicaciones de imputación de cargos, poniéndose a su disposición los expedientes de sanción, así como los expedientes de supervisión respectivos, e inclusive en la fase de instrucción se han otorgado las ampliaciones de plazo requeridas por TELEFÓNICA MÓVILES.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos presentados por dicha empresa operadora.

3. Determinación de la sanción

A fin de determinar la graduación de las multas a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30º de LDFF, así como el Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando imponen sanciones a los administrados, deben adoptarse 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⁽³⁹⁾.

³⁸ **Artículo 6.- Motivación del acto administrativo**

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)

³⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

(...)

1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando 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

Con relación a este principio, el artículo 230° de la LPAG establece, que 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 la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Así, se procede al siguiente análisis:

- (i) Naturaleza y gravedad de la infracción, daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

En cuanto a la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS:

El artículo 12° del RGIS establece como infracción grave el incumplimiento en la entrega de información obligatoria solicitada por el OSIPTEL. En el presente caso, debe considerarse que la información solicitada de manera obligatoria a TELEFÓNICA MÓVILES a través de la comunicación N° C.844-GFS/2013, se requirió a efectos de determinar la afectación generada a los usuarios por las interrupciones producidas durante el primer trimestre del año 2012, con lo cual, resultaba necesario que TELEFÓNICA MÓVILES alcance la información con los requisitos y en los plazos solicitados.

En consecuencia, de conformidad con la escala de multas establecida en la LDFF, corresponde la aplicación de una multa de entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) unidades impositivas tributarias (UIT).

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

De acuerdo a lo dispuesto en nuestro Ordenamiento Jurídico los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso han establecido la obligación a las empresas operadoras de prestar los servicios públicos de telecomunicaciones de manera continua e ininterrumpida⁴⁰⁾ y, en caso la interrupción del servicio se debe

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.

⁴⁰⁾ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída el expediente N° 00034-200-AI, señaló lo siguiente: (...)

40. Ahora bien, para el Tribunal Constitucional, lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es solo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención. De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, mantener un estándar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se de en condiciones de igualdad (...)

(Sin subrayado en el original)

a un caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, ésta deberá actuar con la diligencia debida y, cumplir con comunicar y acreditar tales eventos al OSIPTEL, dentro del plazo establecido; a su vez, el artículo 2º del anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso califica como infracciones leves el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 44º y 49º de dicha norma.

Al respecto, en el presente caso, se ha verificado que TELEFÓNICA MÓVILES incurrió en las referidas infracciones, al no haber prestado los servicios de telefonía móvil y conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet); y al no haber cumplido con comunicar al OSIPTEL y con acreditar las interrupciones por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, según las obligaciones dispuestas por el TUO de las Condiciones de Uso.

En consecuencia, de conformidad con las sanciones administrativas establecidas en la LDFF, corresponde la aplicación de una multa de entre media (0.5) y cincuenta (50) UIT por cada infracción o una amonestación escrita.

(ii) Magnitud del daño causado, perjuicio económico:

En cuanto a la infracción tipificada en el artículo 12º del RGIS:

Sobre el particular, no es posible determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44º y 49º del TUO de las Condiciones de Uso.

En el presente caso no es posible determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico; sin embargo, es evidente que existe un perjuicio en cuanto al incumplimiento del artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso, considerando la cantidad y duración de las interrupciones reportadas, así como las localidades afectadas.

En efecto, se produjeron sesenta y siete (67)⁽⁴¹⁾ interrupciones masivas que afectaron el servicio de telefonía móvil, en el primer trimestre del año 2012, durante un total de veintiún mil trescientos ochenta y cinco (21,385) minutos, afectando los departamentos de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, La Libertad, Moquegua, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali. Al respecto, se debe considerar que las interrupciones tuvieron una duración de entre sesenta (60) minutos y tres mil novecientos cuarenta y tres (3943) minutos.

⁴¹ Tickets N°209255, 213866, 209315, 209332, 212030, 209412, 209413, 209626, 209671, 212538, 213989, 209673, 209756, 209802, 210028, 210029, 210030, 214024, 213637, 209908, 213675, 211348, 213678, 209627, 211665, 209670, 214149, 210031, 210103, 213600, 210382, 210384, 210385, 214274, 210386, 210693, 210694, 211660, 211661, 211662, 211663, 212106, 210753, 212498, 211664, 210383, 211667, 210237, 209672, 212031, 214273, 213604, 212032, 211666, 213732, 213636, 213986, 213733, 210236, 213984, 213988, 213901, 212037, 213868 (por las interrupciones producidas los días 26 de febrero, 06 y 12 de marzo de 2012) y la interrupción ocurrida el 09 de marzo de 2012 reportada mediante carta N° TM-925-AR-140-12.

De igual manera, se trató una (1)⁽⁴²⁾ interrupción masiva que afectó el servicio de conmutación de datos (acceso a Internet), en el primer trimestre del año 2012, durante un total de trescientos cincuenta y siete (357) minutos, afectando los veinticuatro departamentos del Perú (Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes, Ucayali) y la Provincia Constitucional del Callao.

Cabe señalar que, aun cuando la empresa operadora, realice las devoluciones correspondientes, debe tenerse en cuenta que la interrupción del servicio acarrea un perjuicio económico para los usuarios afectados, considerando –en la línea de lo señalado– que la continuidad es una característica esencial en la prestación de un servicio público, no obstante que los usuarios contratan y efectúan el correspondiente pago, para obtener un servicio que esté a disposición las veinticuatro (24) horas diarias.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, en cumplimiento de lo previsto por los artículos 45° y 47° del TUO de las Condiciones de Uso, en los casos que corresponda, TELEFÓNICA MÓVILES deberá efectuar las devoluciones correspondientes a los usuarios afectados por la totalidad de las interrupciones en las que se ha detectado su responsabilidad.

- (iii) Reincidencia, repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción:

En cuanto a la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS:

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia, repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia, no obstante, se aprecia que la infracción se produjo durante el primer trimestre del 2012, sin que se advierta que TELEFÓNICA MÓVILES haya mantenido el nivel de cuidado o diligencia debida para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso.

Asimismo, en cuanto al artículo 49° del mismo cuerpo normativo, pese a haberse impuesto una Medida Correctiva mediante Resolución de Gerencia General N° 480-2011-GG/OSIPTEL notificada el 17 de octubre de 2011, TELEFÓNICA MÓVILES volvió a incumplir lo dispuesto por dicha norma.

- (iv) Circunstancias de la comisión de la infracción, comportamiento posterior del sancionado, atenuantes de responsabilidad:

En cuanto a la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS:

⁴² Ticket 210359

Cabe indicar que a la fecha, TELEFÓNICA MÓVILES no ha cumplido con remitir la información pendiente sobre los abonados y/o clientes afectados en noventa (90) eventos, solicitada por este Organismo a través de la comunicación C. 844-GFS/2013 notificada el 03 de junio de 2013, pese a que previamente, a través de la comunicación C. 317-GFS/2013 notificada el 11 de marzo de 2013, se le solicitó la relación de abonados afectados por las interrupciones ocurridas durante el primer trimestre del año 2012.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

En el presente caso se advierte que la empresa TELEFÓNICA MÓVILES no tuvo una conducta diligente que, de haber existido, habría evitado de alguna manera el resultado producido, es decir, el cumplimiento del deber previsto por el numeral i) del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso; así como las setenta y siete (67) interrupciones del servicio telefonía móvil y una (01) interrupción del servicio de servicio de conmutación de datos por paquetes (acceso a internet); cuyos tickets se han identificado previamente.

Cabe precisar que de dichas interrupciones, sesenta y cinco (65)⁽⁴³⁾ fueron reportadas en el SISREP por TELEFÓNICA como producto de caso fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera de su control; sin embargo ni en la etapa de supervisión, ni en la tramitación del presente PAS remitió la documentación que permita comprobar la ocurrencia de tal causa, y la diligencia adoptada.

Asimismo, respecto de dos (2)⁽⁴⁴⁾ interrupciones, TELEFÓNICA MÓVILES las ha reportado como producto de una causa no excluyente, es decir, asume la responsabilidad por la ocurrencia de tales interrupciones.

De otro lado, respecto al comportamiento posterior del sancionado, es preciso indicar que TELEFÓNICA MÓVILES no ha remitido en la etapa de supervisión, ni durante la tramitación del presente PAS, documentación que acredite haber adoptado las medidas o acciones necesarias que acrediten la adopción de un comportamiento diligente, considerando que la referida empresa tiene pleno conocimiento que el inadecuado funcionamiento de sus sistemas o la falta de mecanismos adecuados para hacer frente a situaciones que de ordinario ocurren en la industria puede traer como consecuencia la interrupción de sus servicios e impactar directamente a sus usuarios, como sucedió en el presente caso.

⁴³ Tickets N° 209255, 213866, 209315, 209332, 212030, 209412, 209413, 209626, 209671, 212538, 213989, 209673, 209756, 209802, 210028, 210029, 210030, 214024, 213637, 209908, 213675, 211348, 213678, 209627, 211665, 209670, 214149, 210031, 210103, 213600, 210382, 210384, 210385, 214274, 210386, 210693, 210694, 211660, 211661, 211662, 211663, 212106, 210753, 212498, 211664, 210383, 211667, 210237, 209672, 212031, 214273, 213604, 212032, 211666, 213732, 213636, 213986, 213733, 210236, 213984, 213988, 213901, 210359, 213868 (por las interrupciones producidas los días 26 de febrero, 06 y 12 de marzo de 2012).

⁴⁴ Tickets N° 212037 y un evento reportado mediante carta TM-925-AR-140-12.

(v) Beneficio obtenido por la comisión de la infracción:

Sobre el particular, no existen elementos objetivos que permitan cuantificar el beneficio obtenido por TELEFÓNICA MÓVILES como consecuencia de la comisión de la infracción prevista por el artículo 12° del RGIS, así como, en cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

(vi) Intencionalidad en la comisión de la infracción:

En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción prevista por el artículo 12° del RGIS, así como, en cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

(vii) Capacidad económica:

La LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En el presente caso, los incumplimientos que dieron lugar al inicio del presente PAS se advirtieron en el año 2012, en tal sentido, la multa a imponerse a la empresa TELEFÓNICA no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2011.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF, al Principio de Razonabilidad, y al análisis efectuado en la presente resolución; corresponde sancionar a la empresa TELEFÓNICA MÓVILES S.A., con una multa de cincuenta y un (51) UIT por la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS. Asimismo, corresponde sancionar a TELEFÓNICA MÓVILES S.A. por las infracciones tipificadas como leves por el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, con el importe de dos (02) multas de quince (15) y cinco (05) UIT por las interrupciones producidas en los servicios de telefonía móvil y de conmutación de datos por paquetes (acceso a internet), respectivamente; y con una (01) multa de cinco (05) UIT por la trasgresión del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

De conformidad con la función fiscalizadora y sancionadora reconocida en el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado con Decreto Supremo N° 008-2001-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA MÓVILES S.A. con CINCUENTA Y UNO (51) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 12° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA MÓVILES S.A. con QUINCE (15) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las

Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 44º de la misma norma, al no haber cumplido con prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida respecto de las interrupciones del servicio telefonía fija local registradas a través de sesenta y siete (67)⁽⁴⁵⁾ tickets; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3º.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA MÓVILES S.A. con CINCO (05) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 44º de la misma norma, al no cumplir con prestar el servicio conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet) de manera continua e ininterrumpida, respecto de la interrupción registrada a través del ticket 210359; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 4º.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA MÓVILES S.A. con CINCO (05) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 49º de la misma norma, al no haber cumplido con comunicar al OSIPTEL dentro del día hábil siguiente de producida la causa (08)⁽⁴⁶⁾ interrupciones, y al no haber remitido al OSIPTEL las acreditaciones correspondientes a cuarenta y dos (42)⁽⁴⁷⁾ interrupciones, reportadas como caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de su control; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 5º.- DAR POR CONCLUIDO el presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción tipificada en el artículo 2º del Anexo 5º del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del artículo 44º de la misma norma, con relación a una (01) interrupción reportada mediante ticket 209807; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 6º.- DISPONER que, respecto a las interrupciones que son susceptibles de sanción indicadas en los artículos 2º y 3º de la presente Resolución, la empresa TELEFÓNICA MÓVILES S.A. deberá proceder a efectuar las devoluciones y/o

⁴⁵ Tickets N°209255, 213866, 209315, 209332, 212030, 209412, 209413, 209626, 209671, 212538, 213989, 209673, 209756, 209802, 210028, 210029, 210030, 214024, 213637, 209908, 213675, 211348, 213678, 209627, 211665, 209670, 214149, 210031, 210103, 213600, 210382, 210384, 210385, 214274, 210386, 210693, 210694, 211660, 211661, 211662, 211663, 212106, 210753, 212498, 211664, 210383, 211667, 210237, 209672, 212031, 214273, 213604, 212032, 211666, 213732, 213636, 213986, 213733, 210236, 213984, 213988, 213901, 212037, 213868 (por las interrupciones producidas los días 26 de febrero, 06 y 12 de marzo de 2012) y la interrupción ocurrida el 09 de marzo de 2012 reportada mediante carta N° TM-925-AR-140-12.

⁴⁶ Tickets 213868 (por las interrupciones producidas los días 26 de febrero, 06 y 12 de marzo de 2012), 211298, 213253, 213254, 213255, 213256

⁴⁷ Tickets 213868 (por las interrupciones producidas los días 26 de febrero, 06 y 12 de marzo de 2012), 209908, 209973, 209993, 209994, 210236, 210237, 210383, 210510, 210511, 210512, 211348, 211660, 211661, 211662, 211663, 211664, 211665, 211666, 211667, 211782, 211783, 211784, 211785, 211786, 212030, 212084, 212106, 212498, 212537, 212538, 212562, 212851, 212852, 212853, 212855, 212897, 212921, 212922, 213902.

descuentos que correspondan, conforme a lo dispuesto en el TUO de las Condiciones de Uso, dejándose a salvo la determinación que sobre estos conceptos pudiera haber sido efectuada por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL en el marco de la supervisión.

Artículo 7°.- DISPONER que para el caso de lo previsto en los artículos 2° y 3° de la presente resolución, la empresa TELEFÓNICA MÓVILES S.A. deberá conservar en sus sistemas la información histórica que asegure su cumplimiento y permita su verificación y/o supervisión por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL. Esta obligación se mantendrá, sin perjuicio de la suspensión de efectos que pudiera concederse a dicha empresa operadora, en caso la presente Resolución fuera impugnada.

Artículo 8°.- La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días computados a partir del día siguiente de notificada la sanción, obtendrá el beneficio de pago reducido del treinta y cinco por ciento (35%) de su monto total, siempre que no sea impugnada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18° del actual Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 9°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 10°.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión coordine con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial “El Peruano” de la presente Resolución, cuando haya quedado firme, y ponga en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas la multa impuesta, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Gerente General