

### Resumen

En este artículo se desarrollan las principales características y alcances del principio de continuidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, con el objeto de determinar si dicho principio debe o no ser entendido de forma literal como la exigencia de una prestación ininterrumpida o si, por el contrario, su observancia puede admitir interrupciones bajo ciertos parámetros de tolerancia. Para ello, primero se examinarán las notas que definen la noción de servicio público, y en particular la obligación de garantizar su prestación de manera continua. Posteriormente, se revisará cómo se materializa el citado principio de continuidad en el sector de las telecomunicaciones, para terminar con un análisis de lo establecido al respecto en el artículo 44 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones con el objeto de encontrar una interpretación válida y razonable de dicho principio para el sector.

**Palabras clave:** Servicio público, principio de continuidad, telecomunicaciones, interrupciones del servicio, tolerancia.

### Abstract

This article develops the main characteristics and scope of the principle of continuity in the provision of public telecommunications services, in order to determine whether said principle should or not be understood literally as the requirement of an uninterrupted service or if, otherwise, its enforcement may admit interruptions under certain parameters of tolerance. For this purpose, first we will review the notes that define the notion of public services, and in particular the obligation to guarantee its provision in a continuous manner. Subsequently, we will analyze how the aforementioned principle materializes in the telecommunications sector. Lastly, we will evaluate the content of article 44 of the Consolidated Text of the Conditions of Use of Public Telecommunications Services, in order to obtain a valid and reasonable interpretation for the sector.

---

\* Abogado por la Universidad de Piura. Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca (España). Asociado Senior del Área de Derecho Público de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Correo electrónico: carlos.gonzalezprada@ppulegal.com

**Keywords:** Public service, continuity principle, telecommunications, interruptions of service, tolerance.

## Sumario

*I. INTRODUCCIÓN. II. DEFINICIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN EL MARCO LEGAL PERUANO. 1 NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. 2 LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES. III. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y, EN PARTICULAR, EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES. 1 CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 2. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES. IV. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL TUO DE LAS CONDICIONES DE USO. V. CONSIDERACIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.*

### *I. INTRODUCCIÓN*

A partir de una lectura de los diversos procedimientos administrativos sancionadores seguidos por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, se advierte que una importante cantidad de recursos destinados a la fiscalización y sanción de presuntos incumplimientos de las disposiciones contenidas en los servicios públicos de telecomunicaciones, entre otras normas, se encuentra vinculada con la estricta observancia -incluso diríamos literal- del denominado principio de continuidad del servicio público de telecomunicaciones.

De conformidad con esta interpretación literal, decimos, el OSIPTEL ha iniciado diversos procedimientos administrativos sancionadores contra todas las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones (las “Empresas Operadoras”) con ocasión de diversas interrupciones de los servicios brindados por dichas compañías. Estos procedimientos sancionadores, cabe indicar, han sido iniciados por el OSIPTEL independientemente de la magnitud o temporalidad de cada interrupción, siempre que la misma no se encuentre dentro de alguno de los supuestos de interrupción normativamente admitidos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta infracción, actualmente tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, ha motivado el inicio de múltiples procedimientos administrativos sancionadores contra las Empresas Operadoras. A modo de ejemplo podemos citar el Expediente No. 00055-2013-GGGFS/PAS seguido contra Telefónica Móviles S.A. donde se le impuso una multa de 50 UIT por no prestar el servicio de telefonía móvil de manera continua e ininterrumpida en relación a la interrupción registrada el 28 de junio de 2013; el Expediente No. 00068-2014-GGGFS/PAS, seguido contra Telefónica del Perú S.A.A. donde se le impuso (i) una multa de 40 UIT por no prestar el servicio de telefonía fija local de manera continua e ininterrumpida (Periodo: Primer Trimestre

En consecuencia, el análisis que se expone a continuación contribuirá a determinar la validez de los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por el OSIPTEL por el incumplimiento del artículo 44 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (el “TUO de las “Condiciones de Uso”), aprobado por Resolución de Consejo Directivo No. 138-2012-CD-OSIPTEL, a partir de comprender cómo se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico peruano el principio de continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones.

## **II. DEFINICIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN EL MARCO LEGAL PERUANO.**

### **1. NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO**

Previamente a la revisión de los elementos que caracterizan los servicios públicos y los alcances o la extensión de cada uno de estos elementos –análisis que permitirá dar respuesta al objeto del presente artículo–, resulta necesario conocer en primer término cómo se encuentra definida y regulada en el Perú la noción de “servicio público”, tanto a nivel constitucional como legal. Como es de suponer, sólo conociendo qué debemos entender por “servicio público” podremos comprender los alcances y exigencias que su provisión demanda a su prestador.

La primera y más cercana referencia a la noción de “servicio público” que encontramos en la Constitución Política del Perú se encuentra contenida en el artículo 58 de dicho cuerpo legal, cuando señala que “[l]a iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo

2013), (ii) una multa de 15 UIT por no prestar el servicio de conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet) de manera continua e ininterrumpida (Periodo: Primer Trimestre 2013), y (iii) una multa de 30 UIT por no prestar el servicio portador larga distancia nacional - LDN de manera continua e ininterrumpida (Periodo: Primer Trimestre 2013); el Expediente No. 00050-2015-GGGFS/PAS seguido contra LEVEL 3 PERU S.A donde se le impuso una multa de 5 UIT por no prestar el servicio de telefonía fija local de manera continua e ininterrumpida (Periodo: Primer Semestre 2014), (ii) 5 UIT por no prestar el servicio portador de larga distancia nacional de manera continua e ininterrumpida (Periodo: Primer Semestre 2014), y (iii) 5 UIT por no prestar el servicio portador local de manera continua e ininterrumpida (Periodo: Primer Semestre 2014); el Expediente No. 0077-2015-GGGFS/PAS seguido contra Viettel Perú S.A.C donde se le impuso una multa de 5 UIT por no haber prestado el servicio de telefonía móvil de manera continua e ininterrumpida (II Semestre de 2014); y el Expediente No. 00073-2015-GG-GFS/PAS seguido contra América Móvil Perú S.A.C. donde se le impuso (i) una multa de 30 UIT por no prestar de manera continua e ininterrumpida el servicio de comunicaciones personales (PCS) (II Semestre de 2014), (ii) 10 UIT por no prestar de manera continua e ininterrumpida el servicio de radiodifusión por cable (II Semestre de 2014), (iii) y 20 UIT por no prestar de manera continua e ininterrumpida el servicio de telefonía fija local (II Semestre de 2014), entre otros.

del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Sobre la noción de “economía social de mercado”, citando a Clapham, señalan Kresalja y Ochoa que esta “se diferencia tanto del sistema capitalista como del socialista. Se basa en dos principios de liberalismo económico: el individualismo que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y el principio de que la competencia es un instrumento rector. Se diferencia porque el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas e instituciones, con un objetivo determinado sin desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas. Y, en segundo lugar, porque los objetivos sociales se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia, y fomenta la participación activa de los trabajadores en el mundo de la empresa de cierta magnitud”<sup>2</sup>.

Es pues dentro de este entendimiento de una economía social de mercado, donde se reparten diferentes roles y asignaciones tanto los individuos -actuando a través del mercado- como el Estado, que discurre la vida económica del país. En este marco constitucional, señalan Kresalja y Ochoa, constituye una “obligación primera del Estado la toma de decisiones encaminada a la satisfacción de necesidades básicas concretas de todas las personas, para que puedan ejercer en igualdad de oportunidades sus derechos fundamentales, y tener una vida digna; esto es, hacer realidad su derecho al bienestar constitucionalmente reconocido”<sup>3</sup>.

Como vemos, el artículo 58 de la Constitución nos refiere no sólo el régimen económico adoptado por nuestro constituyente -una economía social de mercado, caracterizada por la búsqueda de progreso social en un marco de promoción de la libre iniciativa privada-, sino que también especifica las áreas en que el Estado actúa de manera prioritaria por considerarlas esenciales para la satisfacción de las necesidades básicas de la población, encontrándose dentro de estas los “servicios públicos”. Esta intervención del Estado, cabe precisar, se realiza considerando los límites impuestos por el principio de subsidiariedad recogido en el artículo 60 de la Constitución, según el cual “[s]ólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”<sup>4</sup>.

En este orden de ideas encontramos que, a nivel constitucional, los “servicios públicos” constituyen uno de los campos donde el Estado actúa prioritariamente

---

<sup>2</sup> Clapham, Ronald. “La economía social de mercado como sistema político”, en Economía Social de Mercado. Coloquio Peruano Alemán., 1979, p. 56, citado por Kresalja, Baldo, y Ochoa, César, Derecho Constitucional Económico, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p.352

<sup>3</sup> Kresalja, Baldo, y Ochoa, César. Op. Cit., p.353.

<sup>4</sup> El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI señaló en la Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI, que “[e]sta limitación [el principio de subsidiariedad] se aplica a toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. No constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de ius imperium y la prestación de servicios asistenciales”.

con el objeto de satisfacer el bienestar de la población garantizando su prestación, aunque en el marco del citado principio de subsidiariedad. Sin embargo, si bien los artículos comentados permiten esbozar la forma de actuación del Estado como promotor de la prestación de “servicios públicos”, poco ayudan para encontrar una definición de lo que comprenden dichos servicios.

A decir del Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia recaída en el Expediente No. 00034-2004-AI, esta indefinición constitucional sobre lo que debe entenderse por “servicio público” determina que la aplicación de dicha calificación a una determinada actividad deba ser resuelta por cada ordenamiento jurídico. Específicamente, señala el Tribunal Constitucional en el Fundamento 37 de la citada sentencia:

*“37. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto.*

*Ello en razón a que, el contenido del concepto servicio público, así como, el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular. Su importancia radica por el hecho que de tal definición, depende el régimen de obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares”.*

Sin perjuicio de lo señalado previamente en el sentido que corresponde a cada ordenamiento jurídico adoptar la calificación de servicio público, dada la especial connotación que dicha calificación implica señala el TC en el Fundamento 40 de la sentencia materia de comentario que “lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es sólo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención”. Esto, por cuanto no todos los campos o ámbitos de la economía presentan las mismas particularidades en orden a satisfacer las necesidades de la población.

De esta manera, precisa el TC que es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un determinado servicio como público y en atención a los cuales resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden o como actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos elementos, según como han sido definidos por el TC, son:

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

A partir de lo anterior se advierte que si bien la calificación de un servicio como público se encuentra sujeta a cada ordenamiento jurídico, al momento de su formulación el legislador deberá considerar la necesaria presencia (o ausencia) de estos elementos como configuradores de tales servicios. Vistos de este modo, los elementos de los servicios públicos planteados por el TC permiten comprender que la noción de “servicio público” encierra un concepto variable o mutable en el tiempo, al no encontrarse positivizados en el propio texto constitucional sino más bien sujetos a las necesidades cambiantes de la población<sup>5</sup>.

No obstante, algo que sí se puede concluir del texto constitucional, es que lo fundamental en materia de servicios públicos no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio bajo determinadas condiciones, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión se encuentra a cargo de un privado o la ejerce directamente el propio Estado<sup>6</sup>.

Por este motivo, aun cuando el Estado –en ejercicio de su libre configuración política–, haya concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, debido a objetivos de orden económico tales como lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aún subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población<sup>7</sup>.

Esta misma posición sobre la configuración de los servicios públicos ha sido adoptada en gran medida a nivel doctrinario, tanto nacional como extranjero. Al respecto, por ejemplo, señala Baca Oneto que el servicio público es “una técnica disponible para lograr que el Estado garantice la prestación de determinados servicios, considerados como esenciales para una determinada comunidad en cada época, en ciertas condiciones de regularidad, continuidad, calidad e igualdad, y que encuentra todo su sentido en la medida en que se entiende que si alguna actividad afecta al interés público, debe de ser de titularidad pública”<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Esta conclusión es predicable respecto de la legislación en general, más allá del hecho que la Constitución Política del Perú también es susceptible de modificación, aunque con un procedimiento más complejo que el aplicable a una ley orgánica u ordinaria

<sup>6</sup> Fundamento 41 de la sentencia recaída en el Expediente No. 00034-2004-AI.

<sup>7</sup> Fundamento 42 de la sentencia recaída en el Expediente No. 00034-2004-AI.

<sup>8</sup> Baca Oneto, Víctor, “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano”, en Teoría de los servicios públicos, Lima: Grijley, 2009, p. 374.

Huapaya, resaltando la importancia de la noción de “servicio público” como piedra angular del derecho administrativo, plantea una definición a partir del modelo actual de influencia más liberal - económica, según el cual dicho servicio se basa ya no en su titularidad estatal sino en su conceptualización “como un régimen jurídico aplicable a un conjunto de actividades económicas calificadas por el legislador como de especial interés general, sujetas a la libertad de empresa, pero también a la intervención regulatoria del Estado sobre los sujetos privados prestadores del servicio”<sup>9</sup>.

Sobre su creación mediante una norma con rango legal, en línea con lo señalado por el TC, Guzmán Napurí indica que “[d]ebe entenderse que la determinación de una actividad como un servicio público debe estar establecido mediante una Ley, dado que la misma expresa precisamente la decisión de la colectividad en su conjunto. Máxime si la calificación antedicha implica limitación a derechos fundamentales, en particular, libertad de empresa. El principio de legalidad garantiza que la regulación de los servicios públicos se realizará de manera permanente y no se someterá a avatares políticos”<sup>10</sup>.

En el plano internacional, Ariño Ortiz precisa que el “Servicio Público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”<sup>11</sup>. Para Martínez López Muñoz, se refiere a “toda actividad que por ser considerada servicio esencial a la Comunidad y considerarse necesario para su efectiva garantía, es reservada por la Ley a la titularidad en exclusiva del Poder Público, sin perjuicio de que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualesquiera de los modos de gestión indirecta que el ordenamiento reconoce”<sup>12</sup>.

Cassagne, por su parte, precisa que “la concepción de servicio público se refiere a actividades que resulten primordiales o esencial o indispensables para la satisfacción de las necesidades sociales o de la comunidad, que no son viables de ser en un régimen de libre competencia, es decir, bajo las leyes de mercado”<sup>13</sup>.

El Tribunal Supremo español en su sentencia del 24 de octubre de 1989 también ha definido al servicio público como una “forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua”.

---

<sup>9</sup> Huapaya Tapia, Ramón, “Concepto y régimen jurídico del servicio público en el ordenamiento jurídico peruano”, en Ius Et Veritas, No. 50, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 382 y ss.

<sup>10</sup> Guzmán Napurí, Christian, “Las teorías existentes sobre el servicio público”, en Foro Jurídico, No. 1, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002 p. 79.

<sup>11</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, Principios de derecho público económico, Madrid: Comares, 2001, p. 564.

<sup>12</sup> López Muñoz, Jose Luis, “El sector eléctrico en España”, en Revista del Instituto de Estudios Económicos 4, Madrid, 1991, pp. 318-319.

<sup>13</sup> Cassagne, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2011, pp. 707-708.

Atendiendo a lo anterior, se advierte que las actividades calificadas como servicio público serán aquellas reguladas como tal en las normas que -con rango de ley, considerando las consecuencias que de tal calificación se derivan- aprueben sus respectivos ordenamientos jurídicos. Como señala el TC, esta calificación denota un régimen legal específico respecto de la actividad de que se trate, e implica la atribución de distintas obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares, quienes deberán proveer el servicio en condiciones de generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad<sup>14</sup>.

## 2. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

Como hemos indicado en los párrafos anteriores, según lo señalado por el TC corresponde a cada ordenamiento jurídico determinar si una actividad califica o no como un servicio público, situación que no es ajena al sector de las telecomunicaciones. En este caso específico, el artículo 9 del Decreto Supremo No. 013-93-TCC, que aprobó el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Legislativo No. 702, diferenció los servicios de telecomunicaciones según su utilización y naturaleza en servicios públicos, privados y privados de interés público. En el caso específico de los servicios públicos de telecomunicaciones, además, el artículo 7 de la norma comentada señaló que los mismos son de interés público y social.

Ahora bien, a efectos de conocer con mayor detalle cuales son estos servicios de telecomunicaciones a los que les corresponde la categoría de “servicios públicos”, el artículo 40 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones estableció expresamente lo siguiente:

*“Artículo 40.- Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello fuere necesario”.*

En línea con lo señalado en la norma acotada, el artículo 9 del Decreto Supremo No. 020-2007-MTC, que aprobó el Reglamento del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, establece que “[s]on servicios públicos de telecomunicaciones esenciales, los disponibles para la mayoría de usuarios y que son provistos por los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones”. Estos servicios, según el artículo 23 de la

---

<sup>14</sup> Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo, 1ª edición. Buenos Aires: FDA, 2013, p. 245.



norma citada, se caracterizan por estar “a disposición del público en general a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores”.

De este modo, no cabe duda que los servicios de telecomunicaciones que son ofrecidos al público en general sin discriminación alguna por los operadores de telecomunicaciones, como es el caso de las Empresas Operadoras, constituyen servicios públicos de telecomunicaciones. En consecuencia, respecto de estos servicios serán exigibles las reglas de generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad a las que nos hemos referido previamente como configuradores de los “servicios públicos”.

### **III. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y, EN PARTICULAR, EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.**

#### **1. CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Según las definiciones de servicio público antes revisadas, este tipo cualificado de actividad prestacional lleva consigo la característica de ser “*continua*” en el tiempo. Sin embargo, este atributo de los servicios públicos carece de una definición legal unívoca que pueda ser aplicada de forma transversal a todos los ámbitos en los que se realizan este tipo de actividades. Esto nos lleva una vez más a la necesidad de acudir a otras fuentes del Derecho para determinar qué debe entenderse –y por tanto exigirse– como “*continuidad*” en la prestación de un servicio público, tales como la doctrina u otros dispositivos legales en que dicho concepto se ha materializado.

En el ámbito doctrinario tenemos a Gordillo<sup>15</sup>, para quien la continuidad “no significa que la actividad sea ininterrumpida, sino tan sólo que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente. La continuidad del servicio público reside pues en que se satisfaga oportunamente –sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate– la necesidad pública<sup>16</sup>. En los servicios públicos de defensa nacional, electricidad, gas, aguas corrientes, etc., la continuidad se traduce en la ininterrupción del servicio; en el servicio público de la enseñanza primaria, en cambio, la continuidad consiste en que la

---

<sup>15</sup> Gordillo, Agustín, Op. Cit., p. 245

<sup>16</sup> Señala por ello Pototschnig, [Umberto] op. cit. [I pubblici servizi. Padua: 1964], p 293, que la continuidad del servicio está íntimamente ligada a lo que se ha programado para el servicio, y que la falta de continuidad –temporal, diríamos– sólo será jurídicamente relevante en la medida en que signifique una violación de las normas que definen el ritmo de la actividad. Con todo, esto sólo resulta de aplicación cuando existen normas que reglamenten cuál habrá de ser el ritmo de las prestaciones (en tal caso, sin duda, la continuidad se confunde con la regularidad, o sea con la actuación conforme a las reglas preestablecidas); en ausencia de tales normas, la apreciación de la continuidad del servicio habrá de efectuarse en relación al objeto que el servicio debe cumplir, o dicho de otro modo, a si se ha satisfecho o no la necesidad pública pertinente cuando ella se ha presentado

*actividad se realice durante el año lectivo y se suspenda durante las vacaciones”.*

Para Gordillo, en consecuencia, la “*continuidad*” constituye un atributo o elemento característico de los servicios públicos que no se identifica necesariamente con el hecho que el mismo sea brindado de forma ininterrumpida (continuidad en un sentido absoluto o literal), sino más bien que su prestación sea útil o adecuada para satisfacer la necesidad que el servicio en cuestión pretende cubrir. En suma, para este autor, la forma como debe entenderse la continuidad en la prestación de un servicio público requerirá, según cada sector, de la existencia de una norma que regule qué interrupciones del servicio pueden ser toleradas sin afectar su efectiva provisión.

Esto es también lo que viene a decir Zegarra Valdivia cuando indica que “*El principio de continuidad no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una suerte de escala de la continuidad, según la naturaleza del servicio y de las prestaciones que estos últimos ofrecen a los ciudadanos. En todo caso, la continuidad puede ser entendida como la base sobre la cual se sustenta la prestación del servicio, y se funda en que una determinada actividad que ha recibido dicha consideración se ponga a disposición de los ciudadanos -considerados usuarios- de forma permanente o regular para que se pueda satisfacer aquellas necesidades que le puedan surgir*”<sup>17</sup>.

Santamaría Pastor, por su parte, también considera que la continuidad en la prestación de servicios públicos no puede entenderse de forma literal, como ininterrumpibilidad. Precisa este autor que “*el concepto de continuidad no debe interpretarse de modo literal, como equivalente a permanencia, sino a la regularidad en la prestación, la cual debe tener lugar sin otras interrupciones que las previstas de antemano de acuerdo con la naturaleza de las necesidades a satisfacer*”<sup>18</sup>.

Los autores antes citados evidencian una situación incontrovertible: los servicios públicos se encuentran presentes en múltiples sectores de la economía, con sus propias particularidades y exigencias, por lo que no es posible aplicar una misma definición o regla de continuidad a todas las prestaciones que en dichos sectores se realicen. Esta regla de continuidad, en todo caso, deberá ser reglamentada –o lo que es lo mismo, dotada de contenido– en cada uno de los sectores de que se trate atendiendo a las necesidades que serán suplidas y las características en que se brinda el respectivo servicio.

En este orden de ideas, Aróstegui Hirano es claro en señalar que “*dadas las diferencias tecnológicas y de mercado presentes en cada servicio público es necesario caer en la cuenta de que optar por una regla general de continuidad no resulta pertinente siendo relevante tomar en consideración el sector regulado*”<sup>19</sup>. Es por ello, señala dicho autor, “*que podemos establecer tipos de*

---

<sup>17</sup> Zegarra Valdivia, Diego, *El Servicio Público. Fundamentos*, Lima: Palestra Editores, 2005, p. 58.

<sup>18</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel: Madrid, 2004, p. 330.

<sup>19</sup> Aróstegui Hirano, José, “El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulador”, en *Revista de Derecho Administrativo No. 12 - Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura*, Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2014, p. 50.

continuidad, conforme lo antes señalado. Aquella respecto de servicios “(...) que por la necesidad colectiva que satisfacen no pueden ser interrumpidos, por ejemplo la provisión de agua potable, (...) en estos casos estamos en presencia de continuidad absoluta<sup>20</sup>(...)”; es decir [...] existen servicios que dada su naturaleza se vinculan directamente a criterios de necesidad colectiva e interés público, los mismos que, yendo un poco más allá, escapan del ámbito técnico y estacional y se sustentan en valores del estado mucho más elevados, cuya protección debe ser asegurada”<sup>21</sup>.

Por otro lado, sigue el citado autor, “[...] también puede hablarse de continuidad relativa cuando el servicio no se presta ininterrumpidamente, sino en determinados momentos (...)”<sup>22</sup>; los mismos que, si bien resultan importantes, existe un marco de tolerancia en su interrupción dada la naturaleza del servicio y los costos ineficientes de su mantenimiento continuo”.

Lo señalado por Aróstegui Hirano refleja plenamente lo que viene sucediendo, por ejemplo, en el sector energía. En este caso, el inciso 1 del artículo 6 del Decreto Supremo No. 020-97-EM que aprobó la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, ha fijado una tolerancia de tres (3) minutos para efectos de determinar si se ha producido o no una afectación al principio de continuidad. De acuerdo con dicha norma:

#### “6.1 INTERRUPCIONES

La Calidad de Suministro se expresa en función de la continuidad del servicio eléctrico a los Clientes, es decir, de acuerdo a las interrupciones del servicio.

6.1.1 Para evaluar la Calidad de Suministro, se toman en cuenta indicadores que miden el número de interrupciones del servicio eléctrico, la duración de las mismas y la energía no suministrada a consecuencia de ellas. El Período de Control de interrupciones es de seis (6) meses calendario de duración.

6.1.2 Se considera como interrupción a toda falta de suministro eléctrico en un punto de entrega. Las interrupciones pueden ser causadas, entre otras razones, por salidas de equipos de las instalaciones del Suministrador u otras instalaciones que lo alimentan, y que se producen por mantenimiento, por maniobras, por ampliaciones, etc., o aleatoriamente por mal funcionamiento o fallas, lo que incluye, consecuentemente, aquellas que hayan sido programadas oportunamente. Para efectos de la Norma, no se consideran las interrupciones totales de suministro cuya duración es menor de tres (3) minutos ni las relacionadas con casos de fuerza mayor debidamente comprobados y califi-

---

<sup>20</sup> Dromi, Roberto. Derecho Administrativo Tomo ii. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición, 2005. Pág. 69

<sup>21</sup> Aróstegui Hirano, José. Op. Cit., p. 50

<sup>22</sup> Dromi, Roberto. Derecho Administrativo Tomo ii. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición, 2005. Pág. 69

cados como tales por la Autoridad”.

Como observaremos en los párrafos siguientes, como en el caso del sector eléctrico, por la misma naturaleza del servicio y las características en que se realiza su prestación, en el sector de las telecomunicaciones también nos encontraremos ante un supuesto de continuidad relativa del servicio público, según como la ha definido Aróstegui Hirano.

## 2. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

Manifiesta Rivadeneyra Sánchez que “respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones, el marco regulatorio no persigue –ni puede pretender hacerlo– un esquema de «tolerancia cero» o intolerancia absoluta, pues el costo de alcanzar tal resultado en el caso de la telefonía móvil sería imposible de cubrir y haría prohibitivo el acceso al servicio por los usuarios en términos de tarifas. Lo que se persigue –como es conocido de manera extendida en la industria de las telecomunicaciones mundiales que las redes se diseñen eficientemente, tomando en cuenta niveles tolerables de intentos de llamadas no completadas o interrupidas<sup>23</sup>, así como diversas otras variables racionales o previsibles relacionadas al medio empleado (e.g., espectro radioeléctrico y sus contingencias connaturales)”<sup>24</sup>

Asimismo, precisa este autor que “el principio de continuidad, como característica del servicio público, no se puede considerar aislada o individualmente respecto de cada usuario en particular, o respecto de cada área geográfica específica. El servicio público se concibe de manera integral, como un todo, como una prestación constante en términos temporales y espaciales globales, bajo criterios inherentes y propios de la industria de las telecomunicaciones y el funcionamiento de sus redes<sup>25</sup>. De ese modo, una posible e hipotética interrupción de servicio focalizado en un solo usuario o en un área de una estación base específica por un tiempo concreto y muy limitado, no es equivalente ni puede constituir en modo alguno una situación de afectación al principio de continuidad”<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Tolerancias de nivel o grado de servicio que son reconocidas mundialmente y asumidas por todos los órganos reguladores en el mundo; las mismas que además suelen incorporarse en reglamentaciones sobre la calidad del servicio.

<sup>24</sup> Rivadeneyra Sánchez, Juan, “Breves reflexiones sobre la calificación del principio de continuidad como condición esencial en los contratos de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones y sus actuales implicancias respecto del régimen administrativo sancionador peruano”, en Revista de Derecho Administrativo No. 12 – Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, p. 46.

<sup>25</sup> Así por ejemplo e inclusive, en la legislación comparada se encuentran referencias expresas a dicha razonabilidad propia de las telecomunicaciones, relacionadas a limitaciones técnicas cuando se alude al principio de continuidad del servicio («sin interrupciones, dentro de lo que técnicamente sea posible») como en el caso de la normativa hondureña (Acuerdo N° 89/97 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley Marco del Sector de Telecomunicaciones).

<sup>26</sup> Rivadeneyra Sánchez, Juan, Op. Cit., p. 46.

Y es que, en palabras de Aróstegui Hirano, “*el grado de afectación e interrupción debe comprometer un grupo considerable de usuarios, el mismo que no podrá acceder de modo integral al servicio a través de un período prolongado de tiempo*”; conclusión que resulta plenamente aplicable al caso de los servicios públicos de telecomunicaciones <sup>27</sup>.

Estas son, pues, las características específicas que presenta la continuidad de los servicios públicos en el ámbito de las telecomunicaciones. A diferencia de otros sectores, en este sector de la economía la obligación de prestar el servicio de forma continua debe admitir un cierto grado de tolerancia, técnicamente regulado, que se encuentra fundamentalmente vinculado con el costo que implica para los proveedores (y consecuentemente, a los usuarios, que son quienes deberán asumir una mayor tarifa por los servicios a los que acceden) garantizar, individual y colectivamente, un servicio ininterrumpido.

Esta conclusión es también compartida por los especialistas de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU, por sus siglas en inglés) quienes, a partir del amplio conocimiento del sector, en la Recomendación ITU-T E.800 definen a la “interrupción” del servicio a partir de la superación de un determinado límite temporal predeterminado:

“3.1.1.3.1 Interrupción; caída (del servicio): Incapacidad temporal del servicio durante más de un periodo determinado, que se caracteriza por un rebasamiento de los límites fijados para, al menos, un parámetro esencial del servicio”.

Es preciso resaltar que este mismo entendimiento ha sido también compartido por el OSIPTEL en los dispositivos legales que pasamos a revisar:

**(i) Reglamento sobre la continuidad en la prestación del servicio telefónico bajo la modalidad de teléfonos públicos en centros poblados rurales.**

Con motivo de la aprobación del Reglamento sobre la continuidad en la prestación del servicio telefónico bajo la modalidad de teléfonos públicos en centros poblados rurales, aprobado por Resolución de Consejo Directivo No. 69-2002-CD-OSIPTEL, el OSIPTEL señaló que “*la continuidad del servicio se entiende como una prestación efectiva, permanente y disponible, en un determinado tiempo, que permita que se ejercite la utilización y cumplimiento de las funciones para las cuales los servicios fueron creados*”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Aróstegui Hirano, José, Op. Cit., p. 50.

<sup>28</sup> Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo No. 69-2002-CD-OSIPTEL.

Respecto a este ámbito, el OSIPTEL determinó que la continuidad del servicio se encontraba orientada a conseguir un funcionamiento eficiente de los servicios que permitan su provisión, aceptándose la existencia de ciertas “discontinuidades” que en modo alguno enervaban la condición de “prestación efectiva” del servicio. Señaló la Exposición de Motivos de dicha norma que:

“El establecimiento de una regulación sobre las condiciones de continuidad del servicio referido en centros poblados rurales, implica reglas para un funcionamiento eficiente de los mismos en localidades en las que muchas veces el teléfono es el único medio de comunicación rápida para la atención de casos de emergencia. Asimismo, este medio de comunicación se convierte en la herramienta indispensable para su desarrollo económico y social”.

Es atendiendo a esta finalidad (funcionamiento eficiente del servicio) es que se aprobó el citado Reglamento, el cual tuvo el objetivo de “establecer los parámetros de medición de la obligación de continuidad que las empresas concesionarias del servicio público de telefonía bajo la modalidad de teléfonos públicos, han asumido en sus contratos de concesión”. En este contexto, y partiendo de la experiencia de países como Panamá y Chile, el Reglamento sobre la continuidad en la prestación del servicio telefónico bajo la modalidad de teléfonos públicos en centros poblados rurales, dispuso lo siguiente:

### “TÍTULO III CONTINUIDAD DEL SERVICIO

Artículo 4.- La empresa concesionaria deberá cumplir con los siguientes parámetros:

i) El tiempo fuera de servicio por teléfono público no podrá ser superior a siete (7) días calendario durante un (1) mes calendario.

La empresa concesionaria podrá solicitar al OSIPTEL la ampliación del tiempo máximo fuera de servicio con la sustentación correspondiente, el mismo que no podrá exceder de diez (10) días calendario. La solicitud de ampliación deberá ser presentada dentro del plazo de dos (2) días hábiles contados desde la fecha en que el teléfono público estuvo fuera de servicio y deberá contar con la aprobación de OSIPTEL.

ii) La empresa concesionaria no podrá mantener, en cada año calendario, un teléfono público en la condición de fuera de servicio por

un período mayor a treinta (30) días calendario, sean éstos continuos o alternados.

iii) En un (1) mes calendario, el número de teléfonos públicos que superen lo dispuesto en el primer párrafo del numeral i) del presente artículo no será mayor al cinco por ciento (5%) del número total de teléfonos públicos.

La falta de distribución de tarjetas de pago para los teléfonos públicos que utilicen exclusivamente dicho sistema será computada para el tiempo fuera de servicio”.

Antes de la derogación de este Reglamento, efectuada mediante la Única Disposición Derogatoria de la Resolución de Consejo Directivo No. 158-2013-CD-OSIPTEL, publicada el 05 de diciembre de 2013 pero vigente a partir del 1 de enero de 2014, aquel artículo fue modificado dos (2) veces. La primera modificación se realizó en virtud al artículo primero de la Resolución de Consejo Directivo No. 083-2003-CD-OSIPTEL<sup>29</sup>, publicada el 25 de agosto de 2003, y estuvo vinculada principalmente con el desabastecimiento de tarjetas de pago, mientras que la segunda modificación, efectuada mediante el artículo primero de la Resolución de Consejo Directivo No. 020-2005-CD-OSIPTEL, publicada el 02 de Abril de 2005, simplificó la regla de continuidad a la imposibilidad de tener fuera de servicio una localidad por un periodo específico de treinta (30) días anuales, sin considerar los días que requiere la empresa para solucionar el problema que ha generado la situación de falta de servicio, siempre y cuando la reparación efectivamente se produzca<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Artículo 4.- La empresa concesionaria deberá cumplir con los siguientes parámetros:

i) El tiempo fuera de servicio por teléfono público no podrá ser superior a siete (7) días calendario durante un (1) mes calendario, excluyéndose el término de la distancia, de conformidad con lo aprobado al respecto por el Poder Judicial, en caso de reparación debidamente acreditada.

La empresa concesionaria podrá solicitar al OSIPTEL la ampliación del tiempo máximo fuera de servicio, con la sustentación correspondiente, el mismo que no podrá exceder de diez (10) días calendario. La solicitud de ampliación deberá ser presentada dentro del plazo de dos (2) días hábiles contados desde la fecha en que el teléfono público estuvo fuera de servicio y deberá contar con la aprobación de OSIPTEL.

ii) La empresa concesionaria no podrá mantener en cada año calendario, un teléfono público en la condición de fuera de servicio, por un período mayor a treinta (30) días calendario, sean estos continuos o alternados.

iii) En un (1) mes calendario, el número de teléfonos públicos que superen lo dispuesto en el primer párrafo del numeral i) del presente artículo no será mayor al 5% del número total de teléfonos públicos.

El desabastecimiento de tarjetas de pago en el o los puntos de venta que deberá tener la empresa concesionaria en cada centro poblado, en el caso de los teléfonos públicos que utilicen exclusivamente dicho sistema, será computado para el tiempo fuera de servicio, desde el reporte del hecho hasta la provisión efectiva de las tarjetas, excluyendo el término de la distancia referido en el numeral i), siempre que la provisión se produzca. Corresponderá a la empresa concesionaria acreditar el abastecimiento o la existencia de algún otro medio de pago habilitado a disposición de los usuarios.

<sup>30</sup> Artículo 4.- La empresa concesionaria no podrá mantener, por localidad, cada año calendario, en la condición de fuera de servicio un período mayor a treinta (30) días calendario, sean éstos continuos o alternados, excluyéndose el término de la distancia, en caso de reparación debidamente acreditada.

Si bien las normas que regulan estos “*parámetros de medición de las obligaciones de continuidad*” o simplemente “*parámetros de continuidad*”, como les llama el OSIPTEL en las Exposiciones de Motivos de las diferentes Resoluciones comentadas, no se encuentran vigentes desde el 1 de enero de 2014, su permanencia en el ordenamiento jurídico por más de diez (10) años demuestra el pleno convencimiento del OSIPTEL respecto a la naturaleza variable del principio de continuidad en el marco de los servicios públicos de telecomunicaciones. En particular, la extensa vigencia de las normas comentadas demuestra que la “*continuidad*” como elemento característico de los servicios públicos, no constituye un concepto unívoco determinado por la ininterrumpibilidad del servicio, sino que admite la existencia de parámetros de cumplimiento del servicio normativamente determinados.

En el caso del servicio telefónico bajo la modalidad de teléfonos públicos en centros poblados rurales, conviene indicar que estos parámetros, aunque con variaciones, siguen presentes en la Resolución de Consejo Directivo No. 158-2013-CD-OSIPTEL. Esta resolución incorpora el concepto de “*disponibilidad*” como un atributo del servicio público de telecomunicaciones, definiéndolo como “*la proporción de tiempo, en cada año calendario, que el servicio brindado por la empresa operadora está operativo y accesible en los centros poblados rurales, de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento. En la evaluación de dicha obligación se considerará el tiempo sin disponibilidad cuando éste sea mayor o igual a una hora*”.

Luego de regular los parámetros aprobados para la determinación de la “*indisponibilidad*” del servicio<sup>30</sup>, la Resolución de Consejo Directivo No. 158-2013-

---

El desabastecimiento, de tarjetas de pago en el o los puntos de venta que deberá tener la empresa concesionaria en cada centro poblado, en el caso de los teléfonos públicos que utilicen dicho sistema, será computado para el tiempo fuera de servicio, desde el reporte del hecho hasta la provisión efectiva de las tarjetas, excluyendo el término de la distancia, siempre que la provisión se produzca. Corresponderá a la empresa concesionaria acreditar el abastecimiento o la existencia de algún otro medio de pago habilitado a disposición de los usuarios.

<sup>30</sup> Artículo 4. Servicio de telefonía de uso público sin disponibilidad.

4.1. Se entenderá que el servicio se encuentra sin disponibilidad cuando, a través de una acción de supervisión por parte del OSIPTEL y/o declaración de la empresa operadora, se presenten los siguientes supuestos:

- a. Cuando durante el horario de atención, el teléfono de uso público no pueda utilizarse por factores relativos a su operatividad o cuando se impida o restrinja la utilización del servicio.
- b. La empresa operadora sobrepasa el tiempo permitido para realizar mantenimientos preventivos, mejoras tecnológicas o reubicaciones del servicio, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9 del presente Reglamento.
- c. Cuando se determine que la empresa operadora haya incurrido en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 18 del presente Reglamento.
- d. El servicio no puede ser utilizado por desabastecimiento de al menos un medio de pago, distinto de monedas, conforme el detalle del artículo 6 del presente Reglamento.

4.2. El tiempo sin disponibilidad por cada teléfono de uso público se computará desde la fecha y hora que ha registrado la empresa operadora en el reporte o desde que dicha circunstancia es verificada por el OSIPTEL hasta la fecha y hora que la empresa operadora reporte como cese de dicha condición y/o ésta sea verificada por el OSIPTEL a través de una acción de supervisión.

4.3. Para los casos en que el OSIPTEL tome conocimiento de un servicio sin disponibilidad a través de otros



CD-OSIPTTEL establece cuando un servicio “indisponible” se torna en “discontinuo”:

“Artículo 18. CONTINUIDAD E IMPEDIMENTO DE RETIRO DEL SERVICIO

La prestación del servicio deberá permanecer en el centro poblado de acuerdo a lo establecido tanto en su contrato de concesión como en el presente Reglamento, excepto en el caso que cuente previamente con la autorización de la autoridad competente para retirar o trasladar el servicio.

Si la empresa operadora desmonta su infraestructura del lugar de instalación o en caso la mantenga sin brindar el servicio al público usuario, o se dé la devolución del teléfono público por parte del encargado, dejando de prestar el servicio por un tiempo menor a ciento ochenta (180) días calendario, dicho lapso será considerado como servicio sin disponibilidad, de acuerdo al literal d) del artículo 4 del presente Reglamento. De igualar o exceder dicho plazo, se considera incumplimiento de la continuidad del servicio”.

La regulación vigente de la “continuidad” de la prestación del servicio telefónico bajo la modalidad de teléfonos públicos en centros poblados rurales ejemplifica cómo el OSIPTTEL ha considerado, y sigue considerando, la aplicación de parámetros para determinar el cumplimiento de dicha obligación. Así, en este caso en concreto, no toda interrupción o, incluso, no toda desinstalación de la infraestructura que en definitiva impide la prestación del servicio, constituirá un supuesto contrario a la obligación de continuidad. Sólo se encontrarán en este escenario, aquellos casos en los cuales se superen los parámetros normativamente establecidos.

Esto también se evidencia al revisar lo dispuesto en el TULO de las Condiciones de Uso, cuyo artículo 104 -referido a la continuidad del servicio telefónico brindado bajo la modalidad de teléfonos públicos- señala que la continuidad de la prestación de servicios entendida como ininterrumpibilidad “no será de aplicación a aquellos teléfonos públicos instalados por la empresa operadora, cuyo régimen de continuidad del servicio este sujeto al “Reglamento sobre la continuidad en la prestación del servicio telefónico bajo la modalidad de teléfonos públicos en los centros poblados rurales”

---

medios, tales como comunicación del encargado, autoridad del centro poblado o de los usuarios, entre otros, se remitirá una comunicación a la empresa operadora a fin que ésta informe y acredite la condición del servicio. Si la empresa operadora no pudiese determinar la fecha de inicio del tiempo sin disponibilidad, se considerará la fecha en que el OSIPTTEL tomó conocimiento.

o a los contratos de financiamiento de operación y mantenimiento bajo el ámbito de la administración del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones – FITEL”.

**(ii) Reglamento general de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones**

El Anexo 13 del Reglamento general de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No. 123-2014-CD/OSIPTEL, aplicable a quienes cuentan con concesión, registro de valor añadido y/o los operadores móviles virtuales (OMV) que tengan control sobre la red en diferentes servicios en áreas urbanas, regula los criterios aplicables al indicador Disponibilidad de Servicio (DS).

Según el artículo 8 del Decreto Supremo No. 123-2014-CD/OSIPTEL, el indicador DS es el porcentaje del tiempo de servicio respecto del periodo de evaluación, durante el cual un servicio brindado por una Empresa Operadora, se encuentra operativo. Su evaluación es semestral, por cada departamento y servicio. Por tanto, los criterios empleados por el OSIPTEL para determinar el cumplimiento del indicador DS denotan el entendimiento que tiene el Regulador respecto del principio de continuidad, aunque sólo resulte aplicable para el cálculo de este indicador. Así, según el numeral 13 del Anexo 13 de la citada Resolución, para el cálculo del parámetro “tiempo ponderado afectado” respecto del indicador DS, el cual se calcula como el producto de la duración de la interrupción multiplicado por la proporción de abonados afectados respecto al total de abonados en el departamento, sólo se consideran las interrupciones con duración mayor o igual a diez (10) minutos.

Es decir, a efectos de determinar el cumplimiento del principio de continuidad respecto de uno de los indicadores de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones (el indicador DS), el OSIPTEL ha estimado conveniente considerar sólo las interrupciones del servicio que superen un determinado parámetro (diez (10) minutos). Esta regulación, como resulta evidente, denota una vez más que la definición del principio de continuidad se encuentra sujeta a los fines perseguidos por el regulador, la necesidad que el servicio busca satisfacer y las características propias del sector. No obstante, a diferencia de lo que sucede con el servicio brindado a través de teléfonos de uso público, en este caso no se ha previsto con carácter general un criterio de indisponibilidad del servicio cuyo incumplimiento configure -recién- una afectación al principio

de continuidad, en línea con lo planteado por la doctrina especializada, las recomendaciones de la ITU y la regulación previa del OSIPTEL.

Esta experiencia regulatoria del propio OSIPTEL, que se encuentra vigente en la actualidad, demuestra que es perfectamente compatible con la satisfacción del interés general (además de necesario, en términos de eficiencia) una regulación que admita grados razonables de tolerancia en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, que no afecten la satisfacción del usuario en lo que respecta al acceso al servicio y el objeto de su prestación.

Estas normas, además, ratifican lo señalado por la doctrina especializada en materia de servicios públicos, en el sentido que en sectores como el de telecomunicaciones es necesario contar con una regulación que determine los criterios objetivos a partir de los cuales puede considerarse incumplido el principio de continuidad. Sin embargo, el fundamento que está detrás de esta regulación del OSIPTEL, que resulta coherente con la doctrina especializada en el sector de las telecomunicaciones y los criterios internacionales propuestos por la ITU, no se ha replicado de manera uniforme en todo el sector de las telecomunicaciones, tal como revisaremos en el apartado siguiente.

#### **IV. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL TUO DE LAS CONDICIONES DE USO**

El TUO de las Condiciones de Uso es la norma técnica que establece las obligaciones y derechos de las Empresas Operadoras, abonados y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y constituye el marco normativo general dentro del cual se desenvuelven las relaciones entre ellos<sup>32</sup>. Adicionalmente, tiene carácter imperativo y es de cumplimiento obligatorio por parte de los abonados, los usuarios y las Empresas Operadoras, salvo los casos en que la misma norma permita pacto en contrario<sup>33</sup>.

En relación al principio de continuidad, el artículo 44 del TUO de las Condiciones de Uso establece que “[L]a empresa operadora está obligada a cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida, sujetándose a lo establecido en la presente norma y en las disposiciones que para tal efecto emita el OSIPTEL”.

Los términos bajo los cuales se encuentra regulado el principio de continuidad nos permiten extraer diferentes lecturas:

---

<sup>32</sup> Artículo 1 del TUO de las Condiciones de Uso.

<sup>33</sup> Artículo 3 del TUO de las Condiciones de Uso.

(i) En primer término, se advierte que la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones debe realizarse de forma “*continua e ininterrumpida*”. Una lectura literal como la que viene efectuando el OSIPTEL, nos llevaría a la conclusión que en caso de afectarse la continuidad del servicio a partir de cualquier interrupción, independientemente de la duración de la misma, correspondería la imposición de una sanción de hasta 50 UIT por incurrir en una infracción tipificada como leve, según lo indicado en el Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso. Como hemos señalado en los numerales anteriores, esta lectura literal del citado artículo 44 no observa el hecho que el principio de continuidad requiere una regulación que atienda a la naturaleza de las necesidades a ser suplidas y a las características propias del servicio. Por este motivo y ante la falta de una regulación expresa que la desarrolle, resulta indispensable que dicha norma sea -cuando menos- interpretada previamente a su aplicación y, de ser el caso, a la determinación de una eventual sanción, de acuerdo con las circunstancias de cada hecho infractor.

Esta necesidad de contar con una regulación específica no es ajena al sector de las telecomunicaciones. Como hemos revisado, contrariamente a lo señalado por el OSIPTEL -para quien las interrupciones del servicio se definen a partir de una (cualquiera) incapacidad total o parcial que imposibilite o dificulte la prestación del servicio, caracterizada por un inadecuado funcionamiento de uno o más elementos de red<sup>34</sup>, la ITU ha señalado que una interrupción del servicio -esto es, una afectación al principio de continuidad- se presenta sólo en un supuesto de incapacidad temporal del servicio que supere un periodo de tiempo determinado. Es decir, según la ITU no toda afectación al principio de continuidad del servicio configura una interrupción del mismo, sino únicamente aquella afectación que supere los criterios que se hubieren preestablecido.

Pero esta noción del principio de continuidad tampoco es ajena al OSIPTEL, como lo demuestran: (i) la Resolución de Consejo Directivo No. 158-2013-CD-OSIPTEL en concordancia con el artículo 104 del TUO de las Condiciones de USO, respecto de los niveles de tolerancia del servicio brindado a través de teléfonos de uso público en los centros poblados rurales; y (ii) el artículo 8 del Decreto Supremo No. 123-2014-CD/OSIPTEL, respecto de los niveles de tolerancia para

---

<sup>34</sup> Glosario de términos contenido en el Anexo I del TUO de las Condiciones de Uso.

los servicios públicos de telecomunicaciones en general aplicables para determinar el cumplimiento del indicador DS.

En este punto es necesario precisar que los fines perseguidos por el OSIP-TEL con motivo de la regulación del principio de continuidad aplicable al servicio brindado a través de teléfonos de uso público en los centros poblados rurales -esto es, conseguir un funcionamiento eficiente de los servicios que permitan su adecuada provisión-, son predicables también respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones brindados en los centros urbanos. Como ha señalado con acierto Rivadeneyra Sánchez, el costo que implicaría lograr la ininterrumpibilidad del servicio público de telecomunicaciones afectaría la eficiencia y accesibilidad al mismo, por lo que la admisión de un nivel de tolerancia en su prestación (como el propuesto para el indicador DS) constituye una exigencia que se alinea con los fines de acceso universal perseguidos por el Estado<sup>34</sup>.

En este sentido, la aplicación del principio de continuidad bajo criterios o parámetros que regulen objetivamente un cierto nivel de tolerancia resulta indispensable para lograr el objeto asegurar el bienestar social mediante una prestación adecuada del servicio, además de ser acorde con los principios de razonabilidad y eficiencia que deben guiar la regulación de los servicios públicos en general.

(ii) En segundo término y sin perjuicio de lo señalado previamente, al vincular la continuidad del servicio a lo dispuesto en el propio texto de las TUO de las Condiciones de Uso, el artículo 44 de la citada norma admite dos (2) supuestos de afectación válida -y por tanto no sancionable- del principio de continuidad: (i) ante la ejecución de trabajos de mantenimiento o mejoras tecnológicas de la infraestructura<sup>36</sup>; y (ii) en caso se presente un

---

<sup>34</sup> Rivadeneyra Sánchez, Juan, Op. Cit., p. 46.

<sup>36</sup> Artículo 48. - Interrupción del servicio por trabajos de mantenimiento

En caso la empresa operadora requiera realizar trabajos de mantenimiento o mejoras tecnológicas en su infraestructura que interrumpan los servicios que brinda, deberá: (i) comunicar esta situación a sus abonados y a OSIPTEL con una anticipación no menor de dos (2) días calendario, debiendo adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del servicio, y (ii) informar al OSIPTEL el periodo de duración de la interrupción del servicio derivado de los trabajos realizados, en un plazo no menor a un (1) día hábil, luego de culminado el trabajo de mantenimiento o mejoras tecnológicas.

Cuando a causa de los trabajos de mantenimiento o mejoras tecnológicas, se interrumpa el servicio por un periodo superior a sesenta (60) minutos consecutivos, se aplicará lo dispuesto en los artículos 45, 46 y 47 respecto del exceso de dicho periodo. En caso se requiera realizar un mantenimiento correctivo de emergencia que no haya podido ser previsto por la empresa operadora, la obligación de informar a los abonados acerca de esta situación, deberá realizarse con la mayor anticipación y diligencia posible, debiendo comunicarse el hecho al OSIPTEL, dentro del día hábil siguiente de iniciado el mantenimiento, y acreditada dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de efectuada dicha comunicación. En estos casos se aplicará lo dispuesto en los artículos 45, 46 y 47.

La obligación de comunicar al abonado acerca de la realización de trabajos de mantenimiento o mejoras tecnológicas, del

evento de caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora<sup>37</sup>

En relación a la ejecución de trabajos de mantenimiento o mejoras tecnológicas de la infraestructura, el TUO de las Condiciones de Uso señala que estas actividades configurarán un supuesto de afectación válida del principio de continuidad siempre que el operador cumpla, entre otras obligaciones, con: (i) comunicar esta situación a sus abonados y a OSIP-TEL con una anticipación no menor de dos (2) días calendario; (ii) adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del servicio; e (iii) informar al OSIPTEL el periodo de duración de la interrupción del servicio derivado de los trabajos realizados, en un plazo no menor a un (1) día hábil, luego de culminado el trabajo de mantenimiento o mejoras tecnológicas.

De otro lado, el segundo supuesto en el cual la afectación del principio de continuidad es admitida viene dado la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora<sup>38</sup>. No obstante, como en el caso anterior, no es suficiente que

---

mantenimiento correctivo de emergencia que impliquen la interrupción del servicio, deberá efectuarse mediante el uso de mecanismos documentados e idóneos que sean remitidos a cada uno de los abonados afectados. Adicionalmente, la empresa operadora deberá publicar en su página web de Internet, específicamente en la página principal, un aviso informando al público en general la ocurrencia de los trabajos de mantenimiento que conllevarán la interrupción de los servicios que se prestan, el mismo que se mantendrá por el periodo en que dure el trabajo a efectuarse.

Asimismo, la empresa operadora deberá informar al OSIPTEL acerca del cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior, en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles siguientes a la ocurrencia de los eventos de mantenimiento en referencia.

<sup>37</sup> Artículo 49.- 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 al 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.

(ii) Presentar un cronograma y plan de trabajo a OSIPTEL para reparar y reponer el servicio, cuando la interrupción supere las setenta y dos (72) horas. Dicho cronograma deberá ser presentado dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa, debiendo sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En estos casos, la empresa operadora procederá con lo dispuesto en los artículos 45, 46 y 47, salvo que en el contrato de concesión de la respectiva empresa operadora se haya establecido lo contrario. En este último caso, si la empresa operadora no cumple o cumple de manera extemporánea con las obligaciones establecidas en los numerales (i) y (ii), o cuando el OSIPTEL determine la improcedencia de la acreditación o plan de trabajo, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 45, 46 y 47.

<sup>38</sup> El artículo 1315 del Código Civil otorga una misma definición a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, cuando los define como “la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. No obstante, a pesar de esta aparente identidad entre ambos conceptos, estos presentan diferencias entre sí como advierten Fernández Cruz y León Hilario cuando señalan que “[l]a sinonimia del caso fortuito con la fuerza mayor se ha planteado

ocurra el evento comentado sino que la empresa operadora deberá además: (i) comunicar y acreditar tales eventos al 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 de la interrupción y acreditarla dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la misma; y (ii) presentar dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes un cronograma y plan de trabajo a OSIPTEL para reparar y reponer el servicio, cuando la interrupción supere las setenta y dos (72) horas.

De no observar las exigencias contenidas en cada uno de los artículos que regulan los supuestos de afectación válida del principio de continuidad, la “interrupción” -nuevamente, sin importar su duración- será considerada como una afectación general al principio de continuidad en los términos del artículo 44 del TUO de las Condiciones de Uso, sancionable con hasta 50 UIT por tratarse de una infracción leve.

Como vemos, debe descartarse la formulación de una interpretación literal del principio de continuidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, según como está regulado en el artículo 44 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto implicaría un desconocimiento de las características propias del sector de las telecomunicaciones además de ser contrario a la búsqueda de eficiencias en la prestación de estos servicios, como se infiere del hecho que este fin se consigue admitiendo -en el caso del servicio brindado a través de teléfonos de uso público en los centros poblados rurales- ciertos márgenes de tolerancia o indisponibilidad.

En consecuencia, y siguiendo lo realizado ya por el OSIPTEL, es necesario que el cumplimiento del principio de continuidad se verifique a la luz de criterios o parámetros objetivos que permitan determinar hasta qué punto o nivel es efi-

---

desde hace mucho tiempo (COVIELLO, 1895: 56, 77). Sin embargo, parte de la doctrina comparada insiste en distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor, a pesar de la admisión, virtualmente unánime de la identidad de sus efectos (CANDIAN, 1959: 989; LEGIER, 1989: 20; MAZEAUD y CHABAS, 1991: 657; BIANCA, 1994: 662; entre muchos otros). Bajo influjo de la doctrina y corrección terminológica alemana, que identifica en la fuerza mayor el grado máximo (TUHR, 1910-1918, 1957, II-1: 496; ELSTER, 1928: 197; COMPORTI, 1965: 61), hay autores que consideran el carácter extraordinario o excepcional es compartido por ambos supuestos (TRIMARCHI, 1967: 153; PERLINGIERI y ROMANO, 1997: 283; ZATTI y COLUSSI, 2001: 316) pero que en el primero de ellos estaríamos, además, ante un acontecimiento imprevisible: “fortuitus casus est, qui nullo humano consilio praevederi potest” (GAYO) o sea, “es caso fortuito lo que ninguna inteligencia humana puede prever”; mientras que lo propio del segundo sería el carácter inevitable, la idea de la vis cui resisti non potest: “maior casus est cui humana infirmitas resistere non potest” (GAYO), o lo que es lo mismo, “es fuerza mayor aquella que la debilidad humana no puede resistir”. En Fernández Cruz, Gastón y León Hilario, Leysser, “Comentario al artículo 1315” en El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo VI, Derecho de obligaciones, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 875-890.

ciente, admisible y, consecuentemente, tolerable la afectación del servicio, sin perjudicar la prestación regular del mismo. Siguiendo las recomendaciones de la ITU, sólo tras superar estos parámetros podrá determinarse la existencia de una *interrupción* del servicio público de telecomunicaciones.

## V. CONCLUSIONES

Por las razones antes desarrolladas, es posible concluir lo siguiente:

1. A nivel constitucional no existe una definición de “servicio público”, por lo que corresponde a cada ordenamiento jurídico determinar qué actividad puede calificarse como “servicio público”, a partir de los elementos configuradores planteados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. 00034-2004-AI.
2. El principio de continuidad en materia de prestación de servicios públicos, carece de una definición unívoca. Por el contrario, la continuidad en la prestación de estos servicios debe entenderse en función de las necesidades que se busca suplir y las características propias del sector en el que se encuentra la actividad. De este modo, no es posible plantear un criterio de “continuidad” que resulte aplicable a todos los servicios públicos.
3. En el caso específico del sector de las telecomunicaciones, son múltiples los autores que sostienen la naturaleza relativa del principio de continuidad. Esta posición encuentra sustento en las características propias del sector, la cuales dan lugar a la Recomendación ITU-T E.800 formulada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones según la cual las interrupciones en la prestación del servicio público de telecomunicaciones deben ser consideradas a partir de la superación de un determinado nivel de tolerancia.
4. A esta misma conclusión ha arribado el OSIPTEL en dos (2) supuestos distintos. En un primer caso, respecto al servicio de telefonía de uso público en áreas rurales se ha establecido que se producirá una afectación al principio de continuidad cuando se haya superado un cierto nivel de indisponibilidad del servicio. En el segundo caso, respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones también se ha previsto un nivel de indisponibilidad aceptable, aunque aplicable solo para determinar el cumplimiento del indicador de Disponibilidad del Servicio.
5. Esta regulación del OSIPTEL permite concluir que, para dicha Entidad, no existe un significado unívoco y absoluto del principio de continuidad en virtud del cual toda interrupción del servicio constituya una vulneración a dicho principio. Por el contrario, de esta normativa se desprende que, incluso para el Regu-



lador, existen niveles de interrumpibilidad del servicio aceptables que no determinan una afectación a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. Esta conclusión, es necesario precisar, se alinea con la naturaleza misma de los servicios públicos y las finalidades perseguidas por el Estado mediante su calificación como tal.

6. Sin embargo, a pesar de las similitudes existentes con el régimen y la finalidad perseguida respecto de los teléfonos de uso públicos ubicados en áreas rurales (eficiencia en su prestación), en el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones prestados en áreas urbanas no se ha regulado expresamente un nivel de tolerancia con carácter general que desarrolle el principio de continuidad del servicio establecido en el artículo 44 del TUO de las Condiciones de Uso.

7. La imposición de una eventual sanción a las Empresas Operadoras por la afectación del principio de continuidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones al amparo del artículo 44 antes comentado se aparta de los estándares internacionales vigentes, constituyendo una potencial vulneración a la búsqueda de eficiencias en el sector en perjuicio de los usuarios en tanto no se regulen criterios y parámetros objetivos de tolerancia. Estos parámetros, como hemos indicado, podrían identificarse con los niveles de tolerancia de indisponibilidad del servicio ya aprobados para el indicador de Disponibilidad del Servicio, de forma similar a como ocurre con el servicio de telefonía de uso público en áreas rurales.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

- ARIÑO ORTIZ, GASPAR, Principios de derecho público económico, Madrid: Comares, 2001.
- ARÓSTEGUI HIRANO, JOSÉ, “El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulador”, en Revista de Derecho Administrativo No. 12 – Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura, Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2014.
- BACA ONETO, VÍCTOR, “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el derecho peruano”, en Teoría de los servicios públicos, Lima: Grijley, 2009.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2011.
- FERNÁNDEZ CRUZ, GASTÓN Y LEÓN HILARIO, LEYSSER, “Comentario al artículo 1315” en El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo VI, Derecho de obligaciones, Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

- GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo, 1ª edición, Buenos Aires: FDA, 2013.
- GUZMÁN NAPURÍ, CHRISTIAN, “Las teorías existentes sobre el servicio público”, en Foro Jurídico, No. 1, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- LÓPEZ MUÑIZ, JOSE LUIS, “El sector eléctrico en España”, en Revista del Instituto de Estudios Económicos, No. 4, Madrid, 1991.
- HUAPAYA TAPIA, RAMÓN, “Concepto y régimen jurídico del servicio público en el ordenamiento jurídico peruano”, en Ius Et Veritas No. 50, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- KRESALJA, BALDO, Y OCHOA, CÉSAR, Derecho Constitucional Económico, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- RIVADENEYRA SÁNCHEZ, JUAN, “Breves reflexiones sobre la calificación del principio de continuidad como condición esencial en los contratos de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones y sus actuales implicancias respecto del régimen administrativo sancionador peruano”, en Revista de Derecho Administrativo No. 12 – Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, Principios de Derecho Administrativo General II, Iustel: Madrid, 2004.
- ZEGARRA VALDIVIA, DIEGO, El Servicio Público. Fundamentos, Lima: Palestra Editores, 2005.