

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., contra la Resolución N° 128-2019-GG/OSIPTEL.
REFERENCIA	:	Expediente N° 061-2018-GG-GSF/PAS
FECHA	:	05 de agosto de 2019

	CARGO	NOMBRE	FIRMA
ELABORADO POR	Supervisor Especialista	Claudia Silva Jáuregui	
REVISADO POR	Abogado Coordinador	Rocío Andrea Obregón Angeles	
APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	Luis Alberto Arequipaño Támara	

I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 128-2019-GG/OSIPTEL.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Mediante carta N° 1063-GSF/2018, notificada el 13 de julio de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) comunicó a TELEFÓNICA el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), al haber advertido que, presuntamente, la indicada empresa habría incurrido en:

Normas	Artículos	Conductas Imputadas	Tipos de Infracción
Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso)	49	<ul style="list-style-type: none"> - No cumplir con reportar ni acreditar dentro del plazo establecido, las circunstancias fuera de su control, respecto de veintiocho (28) interrupciones ocurridas durante el primer semestre de 2017. - No cumplir con reportar ni acreditar dentro del plazo establecido, las circunstancias fuera de su control; así como no presentar el cronograma y plan de trabajo, respecto de once (11) interrupciones ocurridas durante el primer semestre de 2017. - No cumplir con remitir el cronograma ni plan de trabajo en relación a siete (7) interrupciones ocurridas durante el primer semestre de 2017, que superaron las setenta y dos (72) horas consecutivas. 	Leve
	45	<ul style="list-style-type: none"> - No cumplir con comunicar al OSIPTEL la ocurrencia de diez (10) interrupciones acontecidas durante el primer semestre de 2017. 	Leve

- 2.2. A través de la comunicación N° TDP-2415-AG-ADR-18 recibida el 25 de julio de 2018, TELEFÓNICA solicitó una prórroga de diez (10) días hábiles, a fin de presentar sus descargos. Dicha ampliación de plazo fue concedida por la GSF a través de la carta N° 1165-GSF/2018, notificada el 31 de julio de 2018.
- 2.3. Con la carta N° TDP-2302-AG-ADR-18 recibida el 10 de agosto de 2018, TELEFÓNICA remitió sus descargos.
- 2.4. Con carta N° 932-GG/2018, notificada el 20 de diciembre de 2018, se remitió a TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción N° 223-GSF/2018, y se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- 2.5. A través de la carta N° TDP-3881-AG-ADR-18 recibida el 28 de diciembre de 2018, TELEFÓNICA remitió sus descargos.

2.6. Mediante Resolución N° 051-2019-GG/OSIPTEL¹ del 7 de marzo de 2019, la Primera Instancia sancionó a TELEFÓNICA en los siguientes términos:

Norma	Artículo	Conductas Imputadas	Decisión de la Primera Instancia
TUO de las Condiciones de Uso	49	<ul style="list-style-type: none"> - No cumplir con reportar ni acreditar dentro del plazo establecido, las circunstancias fuera de su control, respecto de veintiocho (28) interrupciones ocurridas durante el primer semestre de 2017. - No cumplir con reportar ni acreditar dentro del plazo establecido, las circunstancias fuera de su control; así como no presentar el cronograma y plan de trabajo, respecto de once (11) interrupciones ocurridas durante el primer semestre de 2017. - No cumplir con remitir el cronograma ni plan de trabajo en relación a siete (7) interrupciones ocurridas durante el primer semestre de 2017, que superaron las setenta y dos (72) horas consecutivas. 	Una (1) Multa de 0.5 UIT
	45	- No cumplir con comunicar al OSIPTEL la ocurrencia de diez (10) interrupciones acontecidas durante el primer semestre de 2017.	Una (1) Multa de 1.5 UIT

2.7. El 29 de marzo de 2019, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 051-2019-GG/OSIPTEL.

2.8. A través de la Resolución N° 128-2019-GG/OSIPTEL² del 11 de junio de 2019, la Primera Instancia declaró infundado el Recurso de Reconsideración.

2.9. El 3 de julio de 2019, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 128-2019-GG/OSIPTEL.

2.10. El 22 de julio de 2019, TELEFÓNICA amplía los argumentos de su Recurso de Apelación.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 218.2 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, TUO de la LPAG), así como en el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones⁴ (en adelante, RFIS), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las mencionadas disposiciones.

¹ Notificada mediante carta N° 195-GG/2019 el 8 de marzo de 2019.

² Notificada mediante carta N° 286-GCC/2019 el 12 de junio de 2019.

³ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.

⁴ Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos por los que TELEFÓNICA considera que la resolución impugnada debe revocarse, son:

- 4.1. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, toda vez que el inicio del presente PAS no resultaría una medida adecuada, necesaria ni proporcional.
- 4.2. La Gerencia General habría efectuado un análisis incorrecto para la aplicación de la reincidencia, dado que habría utilizado una norma derogada y un antecedente que se sustentó en reglas distintas.
- 4.3. La Gerencia General habría efectuado un incorrecto análisis de algunos criterios establecidos para la graduación de las multas.
- 4.4. Se habría vulnerado el Principio de Debido Procedimiento y el Derecho de Defensa, en tanto los Informes Finales de Instrucción no contendrían la recomendación de multa administrativa.

V. CUESTIÓN PREVIA

Previamente al análisis de los argumentos presentados por TELEFÓNICA, es preciso señalar que a través de las cartas remitidas los días 3 y 22 de julio de 2019, la empresa operadora indicó que interponía recurso de apelación contra la Resolución N° 051-2019-GG/OSIPTEL.

Al respecto, resulta importante señalar que la resolución antes referida constituye el primer pronunciamiento de la Gerencia General -notificado con fecha 8 de marzo de 2019- en el marco del presente PAS, frente al cual TELEFÓNICA – en su oportunidad- interpuso un recurso de reconsideración dando lugar a la emisión de la Resolución N° 128-2019-GG/OSIPTEL .

Siendo así, se puede advertir que la Resolución N° 051-2019-GG/OSIPTEL ya ha sido materia de un recurso impugnatorio frente al OSIPTEL y, en el supuesto negado de que no hubiera sido así, al 3 de julio de 2019, el plazo establecido para presentar un recurso de apelación en su contra, ya había vencido.

Distinto contexto se presenta para la Resolución N° 128-2019-GG/OSIPTEL que, habiendo sido notificada el 12 de junio de 2019, a la fecha de interposición del recurso de apelación materia de análisis, todavía podía ser impugnada.

Por tanto, pese a la situación descrita y considerando que en su recurso de apelación TELEFÓNICA ha contravenido argumentos expuestos en la segunda resolución emitida por la Gerencia General, en virtud del Principio de Informalismo y la garantía al Derecho de Defensa, el recurso de apelación interpuesto por la empresa operadora será reconducido en función de la Resolución N° 128-2019-GG/OSIPTEL.

VI. ANÁLISIS

A continuación, se analizarán los argumentos de TELEFÓNICA:

5.1. Respeto de la presunta vulneración al Principio de Razonabilidad.-

TELEFÓNICA indica que el OSIPTEL debió determinar una sanción menos invasiva que la multa debido a que existen otras medidas para evitar que la infracción vuelva a repetirse, como la medida de advertencia, que podía haberse aplicado en el caso particular, en función a i) su pro actividad para corregir el problema suscitado y ii) a lo dispuesto en el literal d. del artículo 30 del Reglamento General de Supervisión de OSIPTEL, aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Supervisión), toda vez que el porcentaje de incumplimientos detectados en el muestreo era mínimo (cincuenta y cinco -55- de setecientos veintiséis -726- casos).

Ahora bien, en relación al Test de Razonabilidad, específicamente respecto al juicio de adecuación, TELEFÓNICA afirma que la Gerencia General asume que la imposición de una sanción generará que en adelante se asuma un comportamiento diligente, de tal modo que se no incurran en nuevas infracciones; sin embargo, se olvidaría que de acuerdo al esquema de Pyramid Enforcement, la multa es una medida de última ratio ya que existirían otras alternativas menos gravosas con las cuales –además- se evitaría el exceso de punición.

Respecto al juicio de necesidad, TELEFÓNICA señala que el que la infracción imputada hubiera sido corregida en un día, constituye para el regulador una circunstancia relevante a fin de justificar la adopción de la medida más gravosa frente a otros mecanismos para asegurar el cumplimiento normativo; cuando lo que debió evaluar es si el inicio del procedimiento resultaba imprescindible para asegurar que en el futuro el administrado cumpla con sus obligaciones.

En lo correspondiente al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, TELEFÓNICA sostiene que este supuesto se cumpliría con la consideración de que la única manera de asegurar futuros incumplimientos es la imposición de una sanción, cuando a este punto resultaría claro que no existe una conducta que desincentivar, dado que, ya se habría subsanado voluntariamente la infracción.

En conclusión, TELEFÓNICA argumenta que la decisión de iniciar el presente PAS no superaría el Test de Razonabilidad por lo que no correspondería la aplicación de una multa pecuniaria, sino, y en este orden de prelación, el archivamiento del procedimiento, la imposición de una medida correctiva o la imposición de una amonestación.

En principio, resulta importante indicar que, en un primer momento, el inicio de un procedimiento sancionador tiene como finalidad la evaluación de los hechos que constituirían una infracción de las normas y/o reglamentos emitidos por la administración; posterior a ello, y una vez determinado el incumplimiento de deberes u obligaciones, se podrá determinar la imposición de una sanción sobre la base de los criterios normativamente establecidos.

Es preciso resaltar que el inicio de un PAS no necesariamente supone la conclusión inevitable de la imposición de una multa, sin embargo, de ser el caso, la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada de las Telecomunicaciones (en adelante, LDFF), en su artículo 30 y el numeral 3 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la

LPAG), también contienen los criterios a considerar para la imposición y graduación de la misma, dentro de los cuales se encuentra la razonabilidad y proporcionalidad.

Sin perjuicio de ello, en lo referente a la decisión de iniciar un procedimiento sancionador, es decir, en el primer momento en el que se opta por la medida que contrarrestará el comportamiento infractor del administrado, es necesario que la decisión que se adopte también cumpla con los parámetros del Test de Razonabilidad, lo que conlleva la observancia de sus tres (3) dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.

Respecto al juicio de adecuación, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado. En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que de imponerse la sanción, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones.

Ahora bien, en relación al nuevo enfoque de regulación responsiva, corresponde señalar que coincidimos con la empresa operadora en que es importante contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas en caso de la ocurrencia de infracciones. Sin embargo, estas herramientas que son situadas por Braithwaite en una pirámide (Pyramid Enforcement), no constituyen una estructura rígida, sino que funciona de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias concretas.

Al respecto, si bien algunos autores entienden la pirámide de Braithwaite como un listado de pasos a seguir en el orden estrictamente establecido, lo cierto es que la Regulación Responsiva precisamente se caracteriza por la flexibilidad en el uso de las herramientas con las que se cuenta, dependiendo de las circunstancias y de los actores del caso en particular.

Tomando ello en cuenta, para determinar el inicio del presente PAS en el caso particular, se consideró la relevancia del bien jurídico protegido por las disposiciones materia de controversia así como los hechos observados durante la etapa de supervisión, a partir de lo cual resultaba adecuado el inicio de un procedimiento sancionador.

A mayor abundamiento, corresponde indicar que para este Organismo Regulador es determinante contar con información vinculada a las interrupciones de los servicios públicos de telecomunicaciones en el plazo establecido, puesto que ello le permite conocer oportunamente de las interrupciones atribuibles a la empresa operadora así como las acciones desplegadas por esta última, facilitando el monitoreo y/o verificación de cumplimiento de la obligación de brindar servicios de telecomunicaciones continuos e ininterrumpidos.

De la misma manera, es ampliamente conocido que eventos relacionados a interrupciones de los servicios de telecomunicaciones – a la larga- pueden generar en la empresa operadora la obligación de devolver sumas de dinero a sus usuarios; frente a lo cual, la información consignada en el SISREP (vg. inicio y fin de las interrupciones) es altamente necesaria.

Finalmente, es necesario precisar que se conoce como exceso de punición a aquel vicio de nulidad del acto administrativo que se genera cuando la sanción impuesta a un administrado no guarda proporcionalidad con el objetivo de la norma represiva que sustentó el dictado del precepto como la emisión del acto administrativo sancionador (desvío de poder).

Sin embargo, el impacto y las circunstancias en las cuales se dieron los incumplimientos analizados explican lo adecuado del inicio del presente PAS y la subsecuente imposición de multas administrativas, las mismas que han sido cuantificadas siguiente los criterios establecidos en el TUO de la LPAG y el RFIS.

En relación al juicio de necesidad, debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con similar eficacia con los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

A partir de ello, se observa que la Primera Instancia ha analizado las razones por las cuales no era posible la imposición de una medida correctiva, basando su decisión en el hecho de que la empresa operadora ya ha sido sancionada anteriormente por incumplimientos a los artículos 45 y 49 del TUO de las Condiciones de Uso, esto es, las mismas disposiciones que son materia de análisis en el presente PAS.

Ahora bien, en relación a la posibilidad de imponer una medida de advertencia, es pertinente reiterar lo ya señalado por la Gerencia General, esto es, que su emisión constituye una facultad de la GSF, la cual utiliza según la trascendencia del bien jurídico afectado en el caso concreto y, en el marco de los alcances establecidos en el artículo 30 del Reglamento de Supervisión, verificándose que el caso en particular no se subsume en ninguno de los supuestos en los cuales se podría aplicar dicha medida.

Así, específicamente en lo correspondiente a lo dispuesto en el literal d. artículo señalado en el párrafo precedente, se tiene que en el caso particular la supervisión no se ha efectuado en relación a una muestra – de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 del Reglamento de Supervisión- sino que se ha realizado considerando el universo de interrupciones observadas durante el primer semestre de 2017; por lo que no es posible aplicar dicho literal al presente PAS.

Finalmente, respecto a la posibilidad de aplicar una amonestación, la misma se analizó oportunamente por la Gerencia General como parte de los criterios de graduación de la sanción.

Por último, en virtud al juicio de proporcionalidad, se advierte que si la finalidad de toda medida sancionadora administrativa es desalentar la comisión del ilícito, entonces el tipo de medida elegida cualitativa y cuantitativamente debe mantener un equilibrio con las circunstancias de la comisión de la infracción.

Sobre esta dimensión del Test de Razonabilidad, es de señalar que se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que se busca compensar el bien jurídico tutelado, más aun cuando los incumplimientos abordados en el presente PAS ya han dado lugar tanto

a multas como amonestaciones anteriores sin que a la fecha TELEFÓNICA modifique su comportamiento.

Por lo expuesto, la medida adoptada –inicio del PAS- satisface el Principio de Razonabilidad quedando desvirtuados los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en este extremo.

5.2. Respetto de la aplicación del concepto de reincidencia.-

TELEFÓNICA señala que la graduación de la sanción presentaría un vicio de nulidad, toda vez que mediante Resolución N° 051-2019-GG/OSIPTEL, la Gerencia General habría señalado que la disposición sobre reincidencia que resultaba aplicable en el presente caso era la contenida en el artículo 5 del RFIS, norma que se encuentra derogada y respecto de la cual se estaría efectuando un uso ultractivo e ilegal.

Además, TELEFÓNICA agrega que la aplicación de la reincidencia se habría dado a partir del pronunciamiento existente en el marco del Expediente N° 080-2015-GG-GFS/PAS; sin embargo, dicho caso y el que es materia de análisis, habrían sido resueltos por las dos (2) versiones del RFIS distintos, por lo que dicho antecedente no podría utilizarse para la aplicación de la reincidencia y agravar la multa.

De otro lado, TELEFÓNICA señala que a partir de las Resoluciones N° 103-2015-CD/OSIPTEL y N° 044-2016-CD/OSIPTEL quedaría en evidencia que para el Consejo Directivo resultaría indiscutible que para aplicar la reincidencia como agravante deben concurrir la misma norma o las reglas por las cuales se tramitaron los PAS.

En concordancia con lo señalado por la Primera Instancia, corresponde precisar que el periodo analizado en el marco del presente PAS es el primer semestre de 2017, por lo que los hechos que dieron lugar al mismo ocurrieron tanto en la vigencia del artículo 5 de la Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL⁵ (RFIS anterior), como del artículo 18 de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL⁶ (RFIS vigente), razón por la que no se puede hacer referencia a un uso ultractivo e ilegal de la normativa del OSIPTEL.

Adicionalmente a ello, corresponde señalar que se aplicó la reincidencia sobre la base de lo establecido en el artículo 5 del RFIS anterior al constituir la norma más beneficiosa para el administrado, dado que de aplicar el RFIS vigente habría tenido que imponerse una multa de 0.5 UIT y otra adicional de 5 UIT, por los incumplimientos a los artículos 45 y 49 del TUO de las Condiciones de Uso, respectivamente.

Finalmente, corresponde señalar que el análisis de la reincidencia sigue el criterio establecido por el Consejo Directivo en las Resoluciones referidas por TELEFÓNICA, toda vez que – como ya se ha señalado- la evaluación del antecedente relacionado al expediente N° 080-2015-GG-GFS/PAS y el presente PAS, se sustentó en la misma norma y las mismas reglas (artículo 5 del RFIS anterior).

Por lo expuesto, quedan desvirtuados los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en este extremo.

⁵ Vigente hasta el 20 de abril de 2017.

⁶ Vigente desde el 21 de abril de 2017 en adelante.

5.3. Respetto de la incorrecta graduación de la sanción.-

TELEFÓNICA indica que no está de acuerdo con la graduación de la multa, toda vez que, específicamente sobre el beneficio ilícito, el OSIPTEL no habría ofrecido medios probatorios idóneos para acreditar los montos que se habrían evitado ni los costos asociados al tiempo utilizado por su personal, sino que se habría limitado a brindar suposiciones y conjeturas, vulnerando el principio de Presunción de Licitud.

Respetto de la probabilidad de detección de la infracción, TELEFÓNICA cuestiona el criterio determinado por la Gerencia General (probabilidad baja), dado que son las mismas empresas operadoras las que informan al OSIPTEL sobre los reportes en interrupciones, y por ende, este organismo regulador puede conocer si la información es presentada en la fecha indicada o de forma posterior. En esa línea, la empresa operadora solicita que se tome en consideración el pronunciamiento del Consejo Directivo contenido en la Resolución N° 076-2019-CD/OSIPTEL.

En relación a la gravedad del daño y al perjuicio económico causado, TELEFÓNICA afirma que al no tener certeza de las afirmaciones inculpativas, el OSIPTEL debió inclinarse por aplicar el Principio in dubio pro administrado, y no solo reducir su conclusión a una especulación o conjetura, ya que ello vulneraría la garantía antes señalada y perjudicaría su derecho de defensa.

Sobre el beneficio ilícito, es preciso citar lo dispuesto en la Resolución de Primera Instancia en relación al beneficio ilícito resultante por la comisión de las infracciones. Así, se tiene lo siguiente:

“(...)

i. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:

Este criterio de graduación se encuentra referido en el literal f) del artículo 30° de la LDFP (beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción).

(...)

Con relación a ello, se debe precisar que los ingresos ilícitos se encuentran representados por los costos evitados o no realizados por la empresa operadora para no cumplir con lo establecido en el TUO de las Condiciones de Uso, comunicación de las interrupciones del servicio por causas no atribuibles al abonado así como para comunicar el cronograma y plan de trabajo a OSIPTEL para reparar y reponer el servicio cuando la interrupción supere las setenta y dos (72) horas consecutivas.

En el caso del artículo 45 y 49 del TUO de las Condiciones de Uso, el costo evitado se deriva de los costos asociados al tiempo utilizado por el personal para comunicar y acreditar tales eventos al OSIPTEL en el plazo requerido, y/o para elaborar y presentar el cronograma y plan de trabajo.

(...).

(El subrayado es agregado)

Como se puede advertir de la motivación de la cuantificación de las multas por parte de la Gerencia General, el beneficio ilícito fue calculado sobre la base de los costos asociados al tiempo utilizado por el personal de TELEFÓNICA para comunicar y/o acreditar las interrupciones al OSIPTEL en el plazo requerido (artículo 45), así como para elaborar y presentar el cronograma y plan de trabajo para los eventos reportados como caso fortuito o fuerza mayor con duración mayor a setenta y dos (72) horas (artículo 49); actuaciones que, en el caso particular, no habrían sido desplegadas tal como lo establece la norma.

Asimismo, vale indicar que para cuantificar los costos evitados por parte de TELEFÓNICA, la Primera Instancia consideró el valor estándar del recurso humano en el mercado, sumado al costo promedio ponderado del capital (tasa por costo de oportunidad).

Corresponde agregar que, en el marco del presente PAS, el costo de oportunidad estuvo compuesto por la rentabilidad obtenida por los recursos no invertidos en el cumplimiento de la legislación y que, por tanto, estuvo disponible para otras actividades alternativas que incrementaron los beneficios del infractor.

En ese sentido, corresponde señalar que el cálculo del beneficio ilícito no se dio a partir de suposiciones o conjeturas sino más bien a partir de montos objetivos y comprobables.

En relación a la probabilidad de detección de la infracción, es preciso resaltar que contrariamente a lo indicado por TELEFÓNICA, la Gerencia General consideró que la probabilidad de detección de incumplimientos vinculados a los artículos 45 y 49 del TUO de las Condiciones de Uso, era media, toda vez que los mecanismos para detectar las conductas infractoras estaban supeditados al registro/remisión de información de las empresas operadoras así como a la información a la que podrían tener acceso las Oficinas Desconcentradas de manera directa o indirecta.

Vale agregar que la Resolución N° 076-2019-CD/OSIPTEL no resulta aplicable al caso particular toda vez que en ella se analiza una obligación de naturaleza distinta a la analizada en el presente PAS, esto es, la infracción al artículo 98 del TUO de las Condiciones de Uso vinculado a la obligación de prestar gratuitamente el servicio de información actualizada de guía telefónica.

Pese a ello, resulta importante resaltar que el criterio adoptado en el marco del presente procedimiento se encuentra acorde con anteriores pronunciamientos del Consejo Directivo y Gerencia General, como por ejemplo, las Resoluciones N° 055-2019-CD/OSIPTEL y N° 039-2019-GG/OSIPTEL.

Finalmente, sobre la gravedad del daño y al perjuicio económico causado, es preciso indicar que en el apartado III de la Resolución de Gerencia General, dicha Instancia desarrolló cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG y en el RFIS, acotando el análisis de cada uno de ellos⁷ a los hechos observados en el presente expediente.

Así, tomando en cuenta que – en general- la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y circunstancias en los que se observó el incumplimiento, aquellos criterios para los que no se cuente con evidencia cuantificable, no son considerados en la determinación de la multa, tal como se advirtió para los criterios indicados por TELEFÓNICA; no obstante, ello no le resta sustento ni objetividad al cálculo efectuado por Gerencia General.

⁷ Tales como: Beneficio ilícito, probabilidad de detección, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, perjuicio económico causado, reincidencia, circunstancias de la comisión de la infracción y, existencia o no de intencionalidad.

En virtud de todo lo expuesto, se advierte que las multas ordenadas por la Resolución N° 051-2019-GG/OSIPTEL y confirmadas por la Resolución N° 128-2019-GG/OSIPTEL, cuentan con sustento lógico y jurídico, sin resultar desproporcionadas.

5.4. Respeto de la presunta vulneración al Principio al Debido Procedimiento y el Derecho de Defensa.-

TELEFÓNICA afirma que de lo señalado por el artículo 22 del RFIS y el numeral 5 del artículo 255 del TUO de la LPAG, en las recomendaciones del Informe Final de Instrucción (en adelante, IFI) debería indicarse i) si hubo o no responsabilidad y, ii) la medida a imponer (ya sea una sanción o una medida correctiva), siendo que cuando se trate de una multa debería precisarse el tipo de infracción (leve, grave o muy grave) y el monto de la sanción.

Frente a ello, TELEFÓNICA se encuentra en desacuerdo con que la GSF concluya el IFI únicamente indicando cuál es la infracción en la que ha incurrido el sujeto imputado, indicando solamente la cantidad de multas sin un quantum específico, toda vez que ello representaría una vulneración al Derecho al Debido Procedimiento al configurar un supuesto de invalidez del acto administrativo.

Finalmente, TELEFÓNICA refiere que otros órganos del mismo OSIPTEL (Secretaría Técnica - TRASU) sí establece un quantum específico en sus pronunciamientos, para lo cual citan los Informes N° 065-TRASU/2018 y N° 051-TRASU/2018.

Al respecto, es preciso señalar que en ejercicio de su función normativa, el OSIPTEL emitió el RFIS. Dicho cuerpo normativo ha instituido –entre otros- como órgano de instrucción y como órgano competente para imponer sanciones, a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y a la Gerencia General, respectivamente.

A continuación, el RFIS desarrolla las funciones atribuidas a los órganos de instrucción, entre ellos, la GSF:

“Artículo 20.- Funciones de los órganos de Instrucción

A los órganos de instrucción les corresponde:

- (i) Iniciar el procedimiento administrativo sancionador;*
- (ii) Realizar todas las actuaciones necesarias para el análisis de los hechos, recabando los datos, informaciones y pruebas que sean relevantes para determinar, según sea el caso, la comisión o no del incumplimiento; y,*
- (iii) Emitir el informe que proponga al órgano de resolución la imposición de una sanción y, de ser el caso, el establecimiento de obligaciones específicas a efectos de cesar las acciones u omisiones que dieron lugar a la misma, así como revertir todo efecto derivado; o, el archivo del procedimiento.”*

(Subrayado agregado)

En la misma línea, el Decreto Supremo N° 104-2010-PCM, que aprueba la Modificación al Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, al desarrollar las funciones de la GSF establece lo siguiente:

“Artículo 40°.- Funciones

(...)

d. Emitir las medidas preventivas que resulten pertinentes, de conformidad con las facultades establecidas en la normativa vigente.

e. Proponer las medidas cautelares y correctivas a ser impuestas a las empresas operadoras y a quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL.

*f. Iniciar y conducir la etapa instructiva de procedimientos administrativos sancionadores.
(...)"*
(Subrayado agregado)

Tal como se advierte, el RFIS dispone la emisión de un informe por parte de la GSF una vez culminada la etapa instructiva del PAS, proponiendo la imposición de una sanción –o el archivo del procedimiento-; siendo competencia de los órganos de resolución-entre ellos la Gerencia General- la facultad de aplicar la sanción que corresponda, lo que supone la determinación de la sanción así como su monto.

Tomando en cuenta lo descrito, el Informe Final de Instrucción emitido por la GSF se encuentra acorde no solo a las competencias de dicho órgano sino también a los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento, en tanto supone la conclusión de la etapa instructiva y cumple con incluir la propuesta de sanción frente a los cargos imputados, que en el presente caso, fue la imposición de multas administrativas.

Ahora bien, en relación a los Informes N° 065-TRASU/2018 y N° 051-TRASU/2018, es conveniente advertir, que los informes de instrucción no son necesariamente vinculantes, con arreglo a lo señalado en el artículo 182 del TUO de la LPAG⁸, por lo que la Secretaria Técnica, órgano instructor del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), no se encuentra obligada a incluir la cuantificación de las multas que recomienda imponer.

Por lo expuesto, quedan desvirtuados los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en este extremo.

5.5. Respecto de la presunta subsanación de la infracción vinculada al artículo 49 del TUO de las Condiciones de Uso.-

En relación a los seis (6) tickets sobre los que se mantiene el incumplimiento del artículo 49 del TUO de las Condiciones de Uso toda vez que no se remitieron a través del SISREP el cronograma y/o plan de trabajo correspondientes, TELEFÓNICA señala que no se habría considerado que en la Resolución N° 051-2019-GG/OSIPTEL se habría indicado que dicha información habría sido remitida antes del inicio del presente PAS.

Por lo expuesto, TELEFÓNICA refiere que – en virtud del Principio de Razonabilidad-correspondería a la GSF realizar una nueva graduación de la multa teniendo en cuenta los tickets subsanados, siendo que correspondería la aplicación de una amonestación.

De acuerdo con lo establecido en el literal f) del artículo 255 del TUO de la LPAG para aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, deberán concurrir las siguientes circunstancias: i) la empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción fue subsanada; ii) la subsanación debe ser voluntaria, y, iii) la subsanación debió haberse producido antes de la notificación del inicio del PAS.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la disposición antes indicada establece que para aplicar el eximente de responsabilidad debe verificarse la subsanación voluntaria del

⁸ **“Artículo 182.- Presunción de la calidad de los informes**

181.1 Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes.

181.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.”

acto u omisión imputado como constitutivo de infracción, lo cual debe comprender todos los actos u omisiones constitutivas de infracción, y no solo a algunos de ellos.

De esta manera, en caso exista un PAS en el que se atribuya a una empresa operadora la responsabilidad por la comisión de una infracción, sobre la base de diversos actos u omisiones constitutivos de infracción, corresponderá la aplicación del eximente de responsabilidad solo si se verifica el cumplimiento de la subsanación voluntaria, respecto de todos los actos u omisiones.

En ese sentido, se observa que en el presente PAS – en relación al artículo 49 del TUO de las Condiciones de Uso- TELEFÓNICA presentó las siguientes conductas que califican como incumplimientos:

- No cumplir con reportar ni acreditar dentro del plazo establecido, las circunstancias fuera de su control, respecto de veintiocho (28) interrupciones ocurridas durante el primer semestre de 2017.
- No cumplir con reportar ni acreditar dentro del plazo establecido, las circunstancias fuera de su control; así como no presentar el cronograma y plan de trabajo, respecto de once (11) interrupciones ocurridas durante el primer semestre de 2017.
- No cumplir con remitir el cronograma ni plan de trabajo en relación a seis (6) interrupciones ocurridas durante el primer semestre de 2017, que superaron las setenta y dos (72) horas consecutivas.

Entonces, tomando en cuenta que la empresa operadora no ha cesado su conducta en la totalidad de casos imputados, no es posible aplicar la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad, ni el cese como atenuante de la misma.

Por lo expuesto, quedan desvirtuados los argumentos expuestos por TELEFÓNICA y la multa impuesta en ese extremo se mantiene invariable.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., contra la Resolución N° 128-2019-GG/OSIPTEL, y en consecuencia:

- Confirmar la MULTA de UNO con 50/100 (1.5) UIT, al haber incurrido en la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, en tanto incumplió con lo estipulado en el artículo 45 de la referida norma;
- Confirmar la MULTA de MEDIA (0.5) UIT, al haber incurrido en la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, en tanto incumplió con lo estipulado en el artículo 49 de la referida norma.

DESESTIMAR la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 128-2019-GG/OSIPTEL, formulada por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.