



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 00202-2022-CD/OSIPTTEL

Lima, 10 de noviembre de 2022

Table with 3 rows: EXPEDIENTE N°, MATERIA, ADMINISTRADO. Values include 080-2021-GG-DFI/PAS, Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 090-2022-GG/OSIPTTEL, and TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO:

- (i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 090-2022-GG/OSIPTTEL, mediante la cual se declaró infundado en parte el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 031-2022-GG/OSIPTTEL la misma que sancionó de acuerdo al siguiente detalle:
- Una (1) multa de cincuenta (50) 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/OSIPTTEL y sus modificatorias (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso¹), en tanto incumplió con lo estipulado en el artículo 9 de la referida norma.
- Una (1) multa de cincuenta (50) UIT, al haber incurrido en la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, en tanto incumplió con lo estipulado en el artículo 120 de la referida norma.
(ii) El Informe N° 276-OAJ/2022 del 21 de octubre de 2022, de la Oficina de Asesoría Jurídica, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y
(iii) El Expediente N° 080-2021-GG-DFI/PAS y el Expediente N° 172-DFI/2021.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante carta N° 2028-DFI/2021, notificada el 27 de diciembre de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9 y el artículo 120 de la referida norma; otorgando un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que formule sus descargos.

Table with 4 columns: Norma, Conducta Imputada, Norma que tipifica, Tipo de Infracción. It details the violation of Article 2 of the TUO and Article 5 of the TUO conditions.

¹ Norma vigente al momento en que ocurrieron las infracciones imputadas.





		44233XXX.	de Uso)	
	Artículo 120	No haber cumplido con entregar el mecanismo de contratación respecto del servicio "Trío" afiliado al N° fijo N° 14211XXX por el monto de S/ 139.90 soles.	Artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso)	Leve

- 1.2. Mediante Resolución N° 031-2022-GG/OSIPTTEL, notificada el 31 de enero de 2022, la Primera Instancia sancionó a TELEFÓNICA con 2 multas de 50 UIT cada una, por los incumplimientos antes mencionados.
- 1.3. Mediante comunicación N° TDP-0887-AR-ADR-22 del 21 de febrero de 2021, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 031-2022-GG/OSIPTTEL.
- 1.4. Mediante Resolución N° 090-2022-GG/OSIPTTEL, notificada el 28 de marzo de 2022, la Primera Instancia declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 031-2022-GG/OSIPTTEL y denegó la solicitud de audiencia oral.
- 1.5. Con fecha 18 de abril de 2022, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 090-2022-GG/OSIPTTEL.
- 1.6. Mediante Memorando N° 555-OAJ/2022, la OAJ solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC), evaluar si, en el presente caso, la aplicación de la Metodología de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTTEL², resultaba más favorable.
- 1.7. Con Memorando N° 544-DPRC/2022, la DPRC atendió la solicitud efectuada por la OAJ.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 218 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 General de Infracciones y Sanciones⁴ aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias (en adelante, RGIS), 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.

III. ANALISIS DEL RECURSO:

Sobre los argumentos señalados por TELEFÓNICA en su Recurso de Apelación, este Colegiado considera lo siguiente:

3.1. Sobre la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna. -

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

² Aprobada con Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTTEL.

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

⁴ Debe indicarse que el Consejo Directivo del OSIPTTEL, a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.





Así, conforme al Principio de Retroactividad Benigna⁵ resulta viable aplicar disposiciones sancionadoras posteriores que resulten más favorables al administrado. En tal sentido, la norma también señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo siempre que favorezcan al presunto infractor o al infractor, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición, en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción; (ii) los plazos de prescripción; y, (iii) la sanción en sí.

Teniendo en cuenta ello, en el presente procedimiento, en tanto las multas impuestas a través de la Resolución N° 031-2022-GG/OSIPTTEL fueron calculadas considerando los criterios contenidos en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTTEL⁶ (Guía de Multas - 2019), corresponde evaluar si la Metodología del Cálculo de Multas (vigente desde el 1 de enero de 2022) podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior.

Bajo tales consideraciones, se solicitó que la DPRC evalúe las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas; en ese sentido, a través del Memorando N° 544-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación, la cual se detalla en el Anexo.

a. Artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso

La metodología para la graduación de la multa a ser establecida en el presente procedimiento está basada en la cuantificación del beneficio ilícito que la empresa podría obtener por la comisión de dicha infracción. En ese sentido, de acuerdo a la Metodología de Cálculo de Multas (MCM)⁷, en la estimación del beneficio ilícito se ha considerado el costo en el que la empresa debió haber incurrido para: (i) dar a conocer internamente la normativa a su personal sobre la conservación de contratos y, (ii) mantener y gestionar un sistema operativo que permita el almacenamiento y la conservación de contratos.

A continuación, el valor estimado del beneficio ilícito es evaluado a valor presente y ponderado por una ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora, la cual es establecida como baja (0,25) según el Informe Final de Instrucción N° 263-DFI/2021.

En ese sentido, en virtud del Principio de Razonabilidad, considerando los nuevos valores establecidos en la Metodología de Cálculo de Multas, se advierte que, la cuantía de la multa por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso es superior a la impuesta por la Primera Instancia en la Resolución N° 031-2022-GG/OSIPTTEL; por lo que, no corresponde su aplicación:

Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019)	Monto de la Multa calculado con la Metodología de Cálculo de Multas (2021)
50 UIT	79,4 UIT

FUENTE: DPRC

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

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.”

⁶ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019

⁷ Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTTEL, aprobada por Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTTEL.





b. Artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso

La metodología de graduación de multa para un incumplimiento relacionado con la entrega de información requerida por el OSIPTEL se basa en la cuantificación del beneficio ilícito que la empresa podría obtener como consecuencia de la comisión de dicha infracción. En el presente caso, dicho beneficio se aproxima empleando el valor promedio del histórico de las multas aplicadas por esta infracción.

Luego, el valor estimado del beneficio ilícito es evaluado a valor presente y ponderado por una ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora. Al respecto, de manera consistente con la MCM, el Informe Final de Instrucción N° 263-DFI/2021 refiere una probabilidad de detección muy alta.

En ese sentido, en virtud del Principio de Razonabilidad, considerando los nuevos valores establecidos en la Metodología de Cálculo de Multas, se advierte que, la cuantía de la multa por el incumplimiento del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso es superior a la impuesta por la Primera Instancia en la Resolución N° 031-2022-GG/OSIPTEL; por lo que, no corresponde su aplicación:

Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019)	Monto de la Multa calculado con la Metodología de Cálculo de Multas (2021)
50 UIT	257,3 UIT

FUENTE: DPRC

Finalmente, en atención al Principio de Transparencia, y como parte de la aplicación del nuevo Régimen de Calificación de Infracciones, así como de la Metodología de Cálculo de Multas, se adjunta el cálculo de la cuantía de las multas impuestas en el presente procedimiento administrativo sancionador.

3.2. Respetto de la presunta vulneración al Principio de Presunción de Licitud. -

En principio, es importante señalar que, en virtud del Principio de Licitud establecido en el numeral 9 del artículo 248 del TUO de la LPAG, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante al acto administrativo final del procedimiento.

De otro lado, se tiene el Principio de Verdad Material, contenido en el numeral 11 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, a partir del cual las autoridades instructoras de los procedimientos tienen la obligación de agotar - de oficio- los medios de prueba a su alcance, para investigar la existencia real de hechos que son la hipótesis de las normas que se verifican, a fin de aplicar la respectiva consecuencia legalmente prevista.

Por otro lado, es importante referir que de conformidad con el Principio de Causalidad consagrado en el numeral 8 del artículo 243 del TUO de la LPAG, la responsabilidad administrativa debe recaer en quien realiza la conducta activa u omisiva constitutiva de infracción. En ese sentido, la realización de la conducta cuyo incumplimiento se imputa, no debe encontrarse afectada por alguno de los supuestos que determinan la no imputabilidad por la inejecución de conductas que son objeto de obligaciones legales tales como, caso





fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias que no resulten imputables al administrado, por encontrarse fuera del control del mismo.

Ahora bien, para poder advertir si los artículos evaluados en el presente PAS, fueron supervisados tomando como premisa la observancia de los Principios antes señalados, corresponde hacer referencia a la literalidad de las disposiciones normativas, a fin de determinar cuáles eran las obligaciones específicas establecidas en ellas.

Así, para el caso del tercer párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, debía verificarse que la empresa operadora haya conservado contratos de prestación de servicios y sus anexos, si los hubiere, siendo indistinto el mecanismo de contratación utilizado o la modalidad de pago del servicio contratado. En ese sentido, en el caso particular, se advertirá un incumplimiento cuando, de ser solicitados, se verifique que la empresa operadora no conserve algún mecanismo de contratación.

De otro lado, para el caso del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso, debía verificarse que las empresas operadoras hayan remitido los mecanismos de contratación solicitados mediante documento formal, en el plazo establecido por el OSIPTEL. Por tanto, en el caso específico, se observará un incumplimiento cuando, al ser solicitados por el OSIPTEL, la empresa operadora no remita o remita fuera del plazo, algún mecanismo de contratación

Entonces, en virtud de lo advertido durante la etapa de supervisión seguida en el Expediente N° 172-DFI/2021, se observa que – contrariamente a lo argumentado por TELEFÓNICA- el OSIPTEL no ha basado sus imputaciones en presunciones o premisas vacías de contenido o sin asidero probatorio que demuestre un comportamiento infractor de su parte. Así, sobre el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, es importante indicar que la empresa operadora admitió de forma expresa que no logró ubicar los contratos en sus archivos tanto para el mecanismo de contratación vinculado a la titularidad del Sr. Segovia (línea N° 14211XXX), como para aquellos (servicios vinculados a los códigos N° CP00XXX-20XX, N° 13120XXX, N° 44482XXX y N° 44233XXX) relacionados al Sr. Cunero.

Ahora bien, resulta preciso acotar que el cumplimiento del tercer párrafo del artículo antes indicado es aplicable a todos los servicios públicos de telecomunicaciones (vg. telefonía móvil, fija, internet, entre otros), siendo que los mecanismos con los que puede contar la empresa operadora pueden ser cualesquiera de los dispuestos en el artículo 118 del TUO de las Condiciones de Uso, esto es, documento escrito, reproducción de audio y video, medios informáticos o marcación, entre otros.

Además de ello, en relación a los números telefónicos "3120508, 44482832 y 44233142", TELEFÓNICA indica que no cuenta con información de su fecha de contratación como si dicha situación imposibilitara de forma absoluta la ubicación de un mecanismo de contratación. Al respecto, es importante resaltar que el cumplimiento del tercer párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, no se encuentra supeditado a que, en su requerimiento, el OSIPTEL facilite determinados datos sin los cuales la empresa operadora no pueda conservar un mecanismo de contratación.

De hecho, que el OSIPTEL cuente con una fecha exacta de contratación al momento de efectuar el requerimiento, únicamente podría facilitar la ubicación de un mecanismo de contratación, sin embargo, la gestión documental para la conservación y entrega de los mismos se encuentra bajo control de la empresa operadora y, en cualquier escenario no inhibe la obligación de conservación.

Respecto al artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso, TELEFÓNICA afirma que OSIPTEL basaría su imputación en que la empresa operadora habría indicado que no ubicó el contrato de la línea N° 14211XXX; sin embargo, dicha aseveración no es certera, conforme se explica a continuación.





En efecto, es preciso indicar que mediante carta N° TDP-0657-AR-GGR-20 recibida el 24 de febrero de 2020, TELEFÓNICA señaló que *“el contrato por el servicio del Trío que refiere el sr. Segovia, correspondería a una promoción especial por el cual accedió. Por ello, con fecha 01/08/2017, nuestra representada generó la migración hacia un TRIO PL STD DIG A 4M con una renta mensual de S/ 139.90 que incluía un descuento de S/ 50.00 por tres meses. Por dicho motivo, no se cuenta con un contrato físico como solicita el cliente”*.

De lo señalado por la empresa operadora se advierte que, en el caso del Sr. Segovia existía un mecanismo de contratación inicial que le permitió hacer uso de un servicio público de telecomunicaciones, sobre el cual se habría realizado una migración al servicio “Trío” afiliado al N° fijo N° 14211XXX por el monto de S/ 139.90 soles.

Es en función de lo señalado por la propia empresa operadora que el OSIPTEL, mediante carta N° 1624-GPSU/2020 requirió *“el mecanismo de contratación utilizado entre vuestra representada y el señor Segovia Torres para la adquisición del servicio Trío afiliado al N° fijo 14211750 por el monto de S/ 139.90 soles, sea a través de una promoción especial o por migración”*, otorgándole para ello un plazo de tres (3) días hábiles. Así, es claro que la solicitud no se centró únicamente en la necesidad de acceder a un contrato primigenio (sobre el cual se habría solicitado la migración), sino a cualquier mecanismo de contratación que hubiera permitido al usuario contar con el Trío (vg. promoción especial, migración), sin importar si el mismo suponía un contrato escrito, locución, marcación, entre otros.

Entonces, en respuesta al requerimiento de información formulado mediante carta N° 1624-GPSU/2020, TELEFÓNICA, a través de la comunicación N° TDP-1504-AR-GGR-20 recibida el 9 de junio de 2020, se limitó a señalar que *“el contrato para la adquisición del Plan TRIO afiliado al servicio telefónico fijo N° 14211750, celebrado el 7 de octubre de 2013, no ha podido ser ubicado en nuestro archivo documental, razón por la cual no ha sido posible brindar una copia del mismo al señor Segovia”*. Por ello, si bien la empresa operadora se pronunció sobre el mecanismo de contratación inicial (7 de octubre de 2013), no hizo ninguna referencia particular al mecanismo de contratación correspondiente a la migración que se habría llevado a cabo el 1 de agosto de 2017, y únicamente no lo remitió, situación que se mantiene hasta la fecha de emisión del presente documento.

En consecuencia, ninguno de los argumentos planteados por la empresa operadora la exime del cumplimiento de los artículos 9 y 120 del TUO de las Condiciones de Uso, imputados; por lo que, corresponde reiterar lo indicado por la Primera Instancia a través de las Resoluciones N° 031-2022-GG/OSIPTEL y N° 090-2022-GG/OSIPTEL, esto es, que la documentación analizada fue concluyente a fin de verificar la responsabilidad de la referida empresa en la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso; siendo que se pudo contrastar plenamente los hechos que dieron inicio al presente procedimiento.

Por tanto, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA, toda vez que existe ninguna vulneración a los Principios de Legalidad y Competencia, Verdad Material, Presunción de Licitud y Debido Procedimiento.

3.3. Respetto de la aplicación de medidas menos gravosas. -

Sobre el test de razonabilidad. -

En relación a lo argumentado por la empresa operadora, es preciso indicar que la Primera Instancia del OSIPTEL no ha obviado la evaluación de otros conceptos administrativos que se enmarquen dentro de los lineamientos del *enforcement* regulatorio, toda vez que, en las Resoluciones N° 031-2022-GG/OSIPTEL y N° 090-2022-GG/OSIPTEL, se ha desarrollado detalladamente cada uno de los criterios considerados en el marco del Principio de





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Razonabilidad, para determinar – primero- el inicio de un PAS y, luego, la imposición de dos (2) multas pecuniarias.

En ese orden de ideas, corresponde reiterar lo ya indicado en los pronunciamientos antes referidos. Así, respecto a la imposición de otras medidas de menor punición, es necesario indicar que de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 del Reglamento General de Fiscalización⁸, así como su Exposición de Motivos, la posibilidad de llevar a cabo acciones de monitoreo y de aplicar una Comunicación Preventiva, se encontraba sujeta al hecho de que se pueda evitar que se produzca el incumplimiento de una obligación.

Siendo así, en el caso específico se advierte que los hechos se verificaron de forma posterior al inicio de la etapa de supervisión seguida en el Expediente N° 172-DFI/2021, esto es cuando ya se habían materializado las infracciones administrativas vinculadas a los artículos 9 y 120 del TUO de las Condiciones de Uso; por lo que no resultaba aplicable una Comunicación Preventiva.

Incluso, de haberse llevado a cabo – desde el inicio- acciones de monitoreo y, luego de advertirse las conductas evaluadas en relación al Sr. Segovia y Sr. Cunero, lo que hubiera correspondido es la derivación a una etapa de fiscalización, toda vez que ya no nos hubiéramos encontrado frente a problemas que hubieran podido decantar en infracciones administrativas, sino que las mismas ya suponían incumplimientos frente a los cuales la empresa debía tener el derecho de defenderse en el marco de una medida administrativa.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de llevar a cabo mesas de trabajo, vale señalar que dicha figura supone un punto de encuentro en donde los agentes pueden coordinar, entre otros, la implementación de proyectos, sistemas; sin embargo, una mesa de trabajo no podría ejecutarse para reemplazar la imposición de medidas administrativas cuando se haya advertido la concretización de un incumplimiento.

De otro lado, en relación al Principio de Razonabilidad, es importante reiterar lo ya indicado por la Primera Instancia en el numeral 1.4 de la Resolución N° 031-2022-GG/OSIPTTEL y en el numeral 3.2 de la Resolución N° 090-2022-CD/OSIPTTEL, esto es que la decisión de la autoridad administrativa de iniciar un PAS se efectuó i) dentro de los límites de las facultades atribuidas por la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL – Ley 27336 y, ii) manteniendo la debida proporción entre el medio a emplear y el fin público a tutelar, de modo que se responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción del objetivo.

Siendo así, contrariamente a lo indicado por TELEFÓNICA, el OSIPTTEL no aplicó una medida menos gravosa sobre la base de una “actitud poco colaborativa” de la empresa operadora, sino que efectuó una evaluación detallada a fin de determinar la necesidad, adecuación y proporcionalidad de iniciar un PAS en el caso particular, sobre todo considerando los bienes jurídicos protegidos, el comportamiento de la empresa operadora frente a situaciones similares y la necesidad de generar incentivos que se traduzcan en un cambio conductual.

A mayor abundamiento, vale indicar que las disposiciones establecidas en los artículos 9 y 120 del TUO de las Condiciones de Uso constituyen obligaciones de resultados y no de medios, siendo así, en el caso particular, las decisiones internas de la empresa operadora (vg. costos económicos, humanos y tecnológicos) siempre debieron estar direccionadas a ajustar su conducta a las disposiciones establecidas por este Organismo Regulador.

En esa línea, si bien la empresa operadora es libre de remitir las alegaciones que crea conveniente a fin de sustentar el presunto despliegue de un comportamiento diligente, el cumplimiento de una obligación solo podía ser declarada en tanto su conducta resultara

⁸ Aprobado con Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTTEL. Cabe mencionar, que el Consejo Directivo del OSIPTTEL, a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTTEL sustituyó la denominación del Reglamento General de Supervisión, por el de Reglamento General de Fiscalización.





acorde a lo ordenado por el Organismo Regulador; no obstante, esto último no fue advertido en el marco del presente PAS.

Sobre la transparencia mostrada en la remisión información, es preciso indicar que dicho concepto supone uno de los principios que rigen la función supervisora desplegada por el OSIPTEL, a partir del cual las entidades supervisadas facilitarán toda la información necesaria y ejercerán una conducta diligente acorde con la consecución de los fines de la supervisión. Siendo así, un comportamiento que debe regir el universo de supervisiones no puede significar un criterio distintivo a considerar para determinar la medida administrativa a imponer en un caso particular.

Sobre la cantidad de incidencias, se debe tomar en cuenta que el tipo infractor contenido en los artículos 9 y 120 del TUO de las Condiciones de Uso, no incluyen un mínimo de incumplimientos para que se genere una infracción administrativa, con lo cual una (1) sola incidencia podría dar lugar al despliegue de la facultad sancionadora de la administración, más aún si se toma en cuenta que un (1) solo evento podría suponer una afectación importante a los derechos de los usuarios.

En virtud de todo lo expuesto, resulta preciso incidir que en el caso materia de evaluación no ha existido ningún tipo de vulneración al Principio de Razonabilidad, por lo que se desestiman los argumentos de TELEFÓNICA en este extremo.

Sobre la posibilidad de imponer una Medida Correctiva. –

Respecto a la posibilidad de aplicar una Medida Correctiva en vez de un PAS, corresponde hacer referencia a la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, publicada el 20 de abril de 2017 que refiere que las medidas correctivas podrían ser pasibles de ser aplicadas en el caso de reducido beneficio ilícito, probabilidad de detección elevado y en situaciones donde no se han presentado agravantes, de modo tal que la multa a ser aplicada es de una cuantía considerablemente reducida o nula, tal como se detalla a continuación:

“Así, podría tratarse de un incumplimiento tipificado como infracción administrativa respecto del cual se ha iniciado el respectivo procedimiento administrativo sancionador. Durante la tramitación del mismo, la empresa operadora podría alcanzar información que si bien no desvirtúa su responsabilidad por los hechos constitutivos de infracción administrativa que se le atribuyen, si justifica una reevaluación de la idoneidad de una sanción, resultando más consistente la imposición de una medida correctiva que ordene a la empresa operadora realizar una determinada conducta o abstenerse de ella, con la finalidad de que cumpla obligaciones legales o contractuales infringidas. Como se advierte, se trata de infracciones administrativas de reducido beneficio privado ilícito, cuya probabilidad de detección es elevada y, en la que no se han presentado factores agravantes; de modo que la multa a ser aplicada es de una cuantía considerablemente reducida o nula.”

(Sin subrayado en el original)

En atención a ello, corresponde reiterar lo ya evaluado por la Primera Instancia, esto es, que en relación a ninguna de las dos imputaciones se cumplirían los 3 factores antes citados, en tanto para el caso del artículo 9, se tendría una probabilidad de detección baja; y, para el artículo 120, si bien la probabilidad sería alta, el beneficio ilícito no sería reducido sino más bien importante considerando que el mismo es calculado tomando en cuenta el valor esperado de la multa que la empresa pretendería evitar con la no entrega de información (multas por incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el uso de los mecanismos de contratación), así como, el tamaño de la empresa en función a su facturación.

A partir de lo indicado, resulta claro que en el caso particular no era posible el inicio de un procedimiento de imposición de medida correctiva en ninguno de sus dos extremos, más aún





cuando, tal como fue expuesto en la Resolución N° 031-2022-CD/OSIPTEL, en lo correspondiente al artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso, se advirtió que se habría incurrido en reincidencia.

Vale resaltar que lo señalado de forma precedente no contradice lo resuelto por este Organismo en los pronunciamientos citados por TELEFÓNICA, los cuales consideran sus propias particularidades y difieren de la casuística presentada en el caso materia de análisis.

Así, si bien el Consejo Directivo revocó las sanciones impuestas, en el caso de la Resolución N° 151-2018-CD/OSIPTEL, se consideró que la información entregada de manera incompleta, ya no venía siendo requerida, al nivel de desagregación que requerían los formatos de los reportes anuales; en el caso de las Resoluciones N° 150-2018-CD/OSIPTEL y N° 100-2018-CD/OSIPTEL, se verificó que no hubo afectación a los usuarios; y en el caso de la Resolución N° 047-2018-CD/OSIPTEL se consideró que el cumplimiento de la obligación de entrega de información periódica correspondía a los primeros reportes de la empresa operadora y que la información no remitida no alteraba el análisis realizado por este Organismo, considerando la cantidad de reportes no alcanzados.

Finalmente, es importante indicar que la gestión de los recursos económicos de la empresa operadora le corresponde únicamente a ella y debería incorporar la premisa de cumplir de forma cabal las obligaciones regulatorias para no tener que asumir el costo de multas administrativas. De ninguna manera el costo de optimizar recursos, procesos o la calidad de la prestación del servicio, debería ser trasladada al regulador.

Por tanto, corresponde desestimar los argumentos vertidos por TELEFÓNICA en este extremo del PAS.

3.4. Respetto de las multas impuestas. -

Respetto de lo alegado por TELEFÓNICA, se tiene que la Sentencia recaída en el Expediente N° 5539-2014 resuelto por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, afirma que la Administración Pública no puede limitarse a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sin tener en cuenta las circunstancias asociadas a la conducta. En virtud de ello, la empresa operadora expresa su desacuerdo con el análisis de los criterios de graduación que determinaron la imposición de la sanción en la Resolución N° 031-2022-GG/OSIPTEL.

Pese a lo señalado, el hecho que TELEFÓNICA no se encuentre de acuerdo con la graduación de las multas impuestas, no significa que se haya realizado un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sin tener en cuenta las circunstancias asociadas a las conductas, puesto que conforme se advierte, tal pronunciamiento desarrolla motivadamente cada criterio en función de las circunstancias evaluadas en el presente PAS.

En efecto, y a acorde con lo expuesto, el inicio del presente PAS, así como la sanción correspondiente, se enmarcaron dentro de los parámetros del Principio de Razonabilidad, así como los criterios de graduación de la sanción reconocidos en el TUO de la LPAG; por tanto, se descarta haber realizado un razonamiento mecánico de dichos criterios.

Respetto de la aplicación de agravantes, no es certero lo argumentado por TELEFÓNICA, dado que si bien en el caso del artículo 9, la imposición de una multa de 50 UIT se sustentó en el propio análisis de los criterios de graduación de multas, sin resultar aplicable ningún tipo de agravante; en el extremo correspondiente al artículo 120 sí correspondía aplicarle la reincidencia.

Respetto del beneficio ilícito, los costos evitados, la capacidad económica y el perjuicio económico, resulta necesario señalar que el TUO de la LPAG no obliga a explicitar montos,





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

cantidades o fórmulas de cálculo en la resolución de sanción, sin embargo, para TELEFÓNICA es conocido que las multas impuestas en el presente caso, se calcularon acorde a la metodología establecida en la Guía de Multas contenida en el Informe N° 152-GPRC/2019.

De esta manera, no se verifica vulneración al Deber de Motivación, ni apartamiento de los criterios señalados en la Sentencia recaída en el Expediente N° 5539-2014 resuelta por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, los cuales han sido tomados en cuenta para la determinación de las multas impuestas a la empresa operadora.

En relación a la intencionalidad y la reincidencia, resulta importante señalar que -de acuerdo a lo establecido por el TUO de la LPAG - constituyen agravantes; sin embargo, el primero de ellos no ha sido observado ni por el órgano instructor ni por la Primera Instancia, razón por la cual no fue considerado en la graduación de las multas impuestas. De otra parte, en relación al segundo concepto, tal como ha sido mencionado previamente, el mismo ha sido aplicado únicamente en el caso del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso.

Considerando todo lo expuesto, es claro que las multas impuestas se encuentran debidamente motivadas y se ajustan a los parámetros de razonabilidad establecidos normativamente, por lo que corresponde desestimar los argumentos planteados por TELEFÓNICA en este extremo.

Finalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 276-OAJ/2022 del 21 de octubre de 2022, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica, el cual -conforme al numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75 del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 896/22 de fecha 3 de noviembre de 2022.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., contra la Resolución N° 090-2022-GG/OSIPTEL, y en consecuencia:

- i) CONFIRMAR la MULTA de cincuenta (50) UIT, al haber incurrido en la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 9 del mismo cuerpo normativo.
- ii) CONFIRMAR la MULTA de cincuenta (50) UIT, al haber incurrido en la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 120 del mismo cuerpo normativo.

Artículo 2°.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

- i) La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 276-OAJ/2022 a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.;
- ii) La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 276-OAJ/2022 y las Resoluciones de Gerencia General N° 031-2022-GG/OSIPTEL y N° 090-2022-GG/OSIPTEL, en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe; y,





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

- iii) Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Oficina de Administración y Finanzas del OSIPTEL, para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
PRESIDENTE EJECUTIVO

