



**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL**

**Nº 00031-2022-GG/OSIPTEL**

Lima, 31 de enero de 2022

EXPEDIENTE Nº	:	<b>00080-2021-GG-DFI/PAS</b>
MATERIA	:	<b>Procedimiento Administrativo Sancionador</b>
ADMINISTRADO	:	<b>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</b>

**VISTO:** El Informe N° 00263-DFI/2021 (Informe Final de Instrucción) emitido por la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI), por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL (TUO de las Condiciones de Uso), por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 9° y en el artículo 120° de la referida norma.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

- Mediante Informe N° 00239-DFI/SDF/2021 de fecha 13 de setiembre de 2021 (Informe de Supervisión), la DFI emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, referido a la obligación de las empresas operadoras de conservar los contratos de prestación de servicios que celebren con sus abonados, independientemente del mecanismo de contratación utilizado, así como de la modalidad de pago del servicio, y del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, por parte de TELEFÓNICA; seguido en el Expediente N° 00172-DFI/2021 (Expediente de Supervisión), cuyas conclusiones fueron las siguientes:

**“V.- CONCLUSIONES**

**46. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** habría incumplido lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 9 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL, referido a la obligación que tienen las empresas operadoras de conservar los contratos de prestación de servicios que celebren con sus abonados, independientemente del mecanismo de contratación utilizado, así como de la modalidad de pago del servicio, respecto de los siguientes contratos: i) contrato correspondiente a la adquisición del plan Trío afiliado al servicio telefónico fijo N° 14211XXX, celebrado el 7 de octubre de 2013, ii) CP00XXX-20XX llevado a cabo el 7 el noviembre de 2014, iii) 13120XXX, iv) 44482XXX y v) 44233XXX.

**47. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** habría incumplido lo dispuesto en el artículo 120 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, en relación con el mecanismo de contratación de la migración de fecha 01 de agosto de 2017, referida al servicio N° 14211XXX”.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

2. Mediante carta N° C.02028-DFI/2021, notificada el 27 de setiembre de 2021, la DFI comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de las infracciones tipificadas como *leves* en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 9° y en el artículo 120° de la referida norma, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
3. TELEFÓNICA mediante carta N° TDP-3304-AR-ADR-21, solicitó una ampliación de plazo de veinte (20) días hábiles adicionales, a fin de remitir sus descargos, siendo atendida dicha solicitud por la DFI mediante carta N° C. 02106-DFI/2021, notificada el 6 de octubre de 2021, a través de la cual se le otorgó la prórroga requerida, cuyo nuevo plazo vencía indefectiblemente el 12 de octubre de 2021.
4. A través de la carta N° TDP-3453-AR-ADR-21 recibida el 28 de octubre de 2021, TELEFÓNICA remitió sus descargos por escrito (**Descargos**). Asimismo, mediante dicha comunicación, TELEFÓNICA solicitó se le conceda audiencia de informe oral, siendo denegada la citada solicitud por la DFI mediante la carta N° C. 02460-DFI/2021, notificada el 16 de noviembre de 2021.
5. Con fecha 16 de diciembre de 2021, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00263-DFI/2021 (**Informe Final de Instrucción**), conteniendo el análisis de los Descargos 1 presentados por TELEFÓNICA.
6. Mediante comunicación N° C.1023-GG/2021, notificada el 28 de diciembre de 2021, se puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción, a fin que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
7. A través de la carta N° TDP-0006-AR-ADR-22 recibida el 5 de enero de 2021, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de diez (10) días hábiles adicionales a fin de presentar sus descargos al Informe Final de Instrucción, siendo denegada dicha solicitud por la Gerencia General mediante carta N° 25-GG/2022 notificada el 07 de enero de 2022.
8. A la fecha de emisión de la presente Resolución, TELEFÓNICA no ha presentado descargos al Informe Final de Instrucción.

## II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (Reglamento General del OSIPTEL), este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Así también, el artículo 41° del mencionado Reglamento General del OSIPTEL señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

El presente PAS se inició contra TELEFÓNICA al imputársele la presunta comisión de las infracciones tipificadas como *leves* en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las



BICENTENARIO  
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:  
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 172gl\_35Qs02@



Condiciones de Uso, por cuanto habría incumplido con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 9° y en el artículo 120° de la referida norma, conforme al siguiente detalle:

Norma incumplida	Norma que tipifica la infracción	Calificación de la infracción	Conducta imputada
Tercer párrafo del Artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.	Artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso.	Leve	1. Falta de conservación del contrato de abonado del servicio telefónico fijo N° 14211XXX, celebrado el 7 de octubre de 2013. 2. Falta de conservación del contrato de abonado de los servicios N° CP00XXX-20XX, N° 13120XXX, N° 44482XXX y N° 44233XXX. Periodo: marzo del año 2020.
Artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso.	Artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso.	Leve	3. Falta de entrega del mecanismo de contratación del 01 de agosto de 2017, del servicio "Trio" afiliado al N° fijo N° 14211XXX por el monto de S/ 139.90 soles, sea a través de una promoción especial o por migración. Periodo: junio del año 2017 <sup>1</sup> .

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado<sup>2</sup>, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 252.3° del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el PAS cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 259° del citado TUO fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a TELEFÓNICA, por cuanto, se ha

<sup>1</sup> Al respecto, cabe precisar que, si bien en el Informe Final de Instrucción se señaló como período de comisión de la infracción el mes de junio de 2017 (fecha en la que se contrató el servicio), lo cierto es que esta Instancia considera que para el caso del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, la comisión de la infracción se configura cuando este Organismo requiere el mecanismo de contratación y la empresa operadora no lo remite (en el presente caso el OSIPTEL requirió el mecanismo de contratación imputado a TELEFONICA a través de la carta C. 01624-GPSU/2020 notificada el 13 de marzo de 2020, otorgándole para ello un plazo de tres (3) días hábiles para su remisión, el cual no fue atendido por la referida empresa). En ese sentido, corresponde considerar como período de comisión de la infracción del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso el mes de marzo de 2020.

<sup>2</sup> PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Página N° 539.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito y tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente PAS.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos de defensa presentados por la empresa operadora a través de sus Descargos, respecto a la imputación de cargos formulada por la DFI.

## 1. Análisis de Descargos

TELEFÓNICA sustenta sus descargos en los siguientes fundamentos:

### 1.1 Respecto del incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso:

Sobre el particular, el tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso<sup>3</sup>, señala lo siguiente:

“(…)

*La celebración del contrato de abonado se efectuará utilizando los mecanismos de contratación previstos en el Título XIII. **En todos los casos, la empresa operadora estará obligada a conservar el contrato de prestación de servicios y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere, independientemente del mecanismo de contratación utilizado, así como de la modalidad de pago del servicio (...)**” (El resaltado es nuestro).*

Como puede apreciarse, el mandato normativo resulta ser claro y preciso al describir específica y taxativamente la obligación referida a la obligación de las empresas operadoras de conservar los contratos.

Asimismo, es pertinente traer a colación que el tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso establece la obligación de las empresas operadoras de conservar el contrato de prestación de servicios y sus anexos, si los hubiera, ello por el carácter fundamental que revisten este tipo de contratos, en tanto permiten acreditar la manifestación de voluntad del abonado de contratar el servicio según los términos allí establecidos, permitiendo definir las características y limitaciones o restricciones del servicio ante alguna controversia o reclamo, así como los términos en que la empresa se comprometió a brindar el servicio.

Ahora bien, de acuerdo a lo actuado en la etapa de supervisión se advierte que mediante el Memorando N° 00553-GPSU/2020 de fecha 18 de agosto de 2020, subsanado con el Memorando N° 00062-DAPU/2020 de fecha 23 de octubre de 2020, la Dirección de Atención y Protección al Usuario (DAPU) informó a la DFI sobre la gestión del caso de la línea del servicio telefónico fijo N° 14211XXX, celebrado el 7 de octubre de 2013, referido a la falta de entrega del contrato del servicio, por parte de TELEFÓNICA.

Asimismo, se verifica que mediante Memorando N° 00068-STSR/2021 de fecha 26 de enero de 2021, la Secretaría Técnica de Solución de Reclamos (STSR) informó que tomó conocimiento del caso reportado por el titular de la línea N° 14211XXX, quien manifestó su malestar por el incumplimiento de TELEFÓNICA de la Resolución N° 0034037-2020-TRASU/OSIPTEL del 28 de marzo de 2020, emitida por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) en el

<sup>3</sup> Si bien mediante Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL se sustituyó el anterior artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, entrando en vigencia a partir del 01 de octubre de 2015, en lo que respecta a la obligación de conservar el contrato, esta subsistió y solo añadió el deber de las empresas operadoras de mantener el contrato por un plazo de diez (10) años contados a partir de la fecha en que se terminó el mismo.





Expediente N° 0007944-2020/TRASU/ST-RA, mediante la cual dicho Tribunal ordenó a TELEFÓNICA entregar copia del contrato al titular de la línea<sup>4</sup>.

Del mismo modo, se verifica que, mediante el Memorando N° 00686-DAPU/2021 de fecha de 19 de abril de 2021, la DAPU informó a la DFI sobre la falta de entrega por parte de TELEFÓNICA de los contratos de sus servicios N° CP00XXX-20XX, N° 13120XXX, N° 44482XXX y N° 44233XXX.

En esa línea, durante la etapa de supervisión, la DFI realizó el análisis de los cinco (5) casos antes mencionados, conforme al siguiente detalle:

- **Servicio de la línea N° 14211XXX:** En este caso la DFI analizó el contrato para la adquisición del plan trío afiliado al servicio telefónico fijo N° 14211XXX, **celebrado el 7 de octubre de 2013**, siendo que mediante carta N° 01624-GPSU/2020, la DAPU le indicó a TELEFÓNICA lo siguiente:

*“Si bien su representada señala que no cuenta con un contrato físico, no habría alcanzado el mecanismo de contratación utilizado con el señor XXX para la contratación del servicio de Trío afiliado al N° 14211XXX”.*

Así, en atención a lo mencionado por la DAPU, TELEFÓNICA mediante carta TDP-1504-AR-GGR-20 recibida el 09 de junio de 2020, señaló lo siguiente:

*“El contrato para la adquisición del Plan TRIO afiliado al servicio telefónico fijo N° 14211XXX, 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 XXX.”* (El resaltado es nuestro).

Aunado a ello, la DFI advirtió que la STSR, mediante correo electrónico de fecha 27 de julio de 2020, requirió a TELEFÓNICA lo siguiente:

*“(…) en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, informen y acrediten, por esta vía, el cumplimiento de la resolución de segunda instancia N° 0034037-2020-TRASU/OSIPTEL de 28.Mar.2020 correspondiente al Expediente: N° 0007944-2020TRASU/ST/RA (…)”*

Ante ello, TELEFÓNICA mediante correo electrónico recibido el 22 de octubre de 2020, adjuntó un correo electrónico dirigido al titular de la línea N° 14211XXX, a través del cual le indicó – entre otros – que, a esa fecha, no pudo ubicar el contrato de la referida línea.

- **Servicios de las líneas N° CP00XXX-20XX, N° 13120XXX, N° 44482XXX y N° 44233XXX:** Al respecto, la DFI verificó que este Organismo a través de la carta N° 00051-GOD/2020, de fecha 04 de marzo de 2020, requirió a TELEFÓNICA - entre otros - la remisión de la copia de los contratos referidos a los servicios N° CP00XXX-20XX, N° 13120XXX, N° 44482XXX y

<sup>4</sup> Asimismo, la STSR indicó que solicitó el cumplimiento de lo ordenado por el TRASU a TELEFÓNICA, quien informó que intentó comunicarse con el titular de la línea para poder brindarle una solución alternativa, ya que no le era posible cumplir con la entrega de la copia del contrato, además de anexar una serie de correos internos de su personal donde se confirma que, después de haber realizado la búsqueda respectiva, no lograron ubicar el contrato.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

N° 44233XXX, requerimiento que fue reiterado a través de la carta N° 01282-DAPU/2021.

Al respecto, TELEFÓNICA mediante carta N° TDP-0803-AR-GER-21, recibida el 19 de marzo de 2021, indicó que atendió la carta mencionada en el párrafo precedente a través de la carta N° TDP-1505-AR-GGR-2020 del 09 de junio de 2020, en la cual señaló lo siguiente:

*“(...) Al respecto, debemos informar que los contratos de servicios telefónicos de la referida empresa **no han sido ubicados en nuestros archivos**, razón por la cual no ha sido posible atender las solicitudes de copia de contrato (...)”.* (El resaltado es nuestro).

Por lo tanto, considerando que en los cinco (5) casos antes mencionados, TELEFÓNICA señaló de forma expresa que su representada no ha podido ubicar los contratos requeridos en sus archivos, esta Instancia considera que ha quedado acreditado que la citada empresa no cumplió con su obligación de conservar los contratos de los referidos servicios, configurándose de este modo el incumplimiento de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

A través de sus Descargos, TELEFÓNICA sostiene que la DFI incluye en su imputación líneas en torno a las cuales no ofrece mayor información sobre la contratación que le permitan verificar el incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

En esa línea, TELEFÓNICA hace referencia a la línea N° CP00XXX-20XX, respecto de la cual señala que la misma no corresponde a una línea telefónica, toda vez que la nomenclatura no permite identificar un número de abonado, resultando a consideración de la citada empresa, imposible su inclusión dentro de la imputación, toda vez que el servicio no habría sido identificado.

Asimismo, TELEFÓNICA indica que, en cuanto a las líneas N° 3120XXX, N° 44482XXX y N° 44233XXX, tal como ha señalado la DFI, no se cuenta con información de la fecha de contratación de los supuestos servicios telefónicos que identificarían, añadiendo que dicha información resulta fundamental a efectos de evaluar la correcta aplicación de la norma que se imputa en el presente caso, siendo que previo al año 2012, dicha obligación no formaba parte del ordenamiento como supuesto de infracción administrativa, razón por la cual - a criterio de la citada empresa - correspondería la exclusión de las citadas líneas de la presente imputación.

Sobre el particular, corresponde señalar que, conforme se indicó de manera previa, del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, se advierte que para que determinada conducta se subsuma en el ilícito descrito en el referido tipo legal, bastará con que la empresa operadora, no conserve el contrato de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y sus anexos, si los hubiere, y que, en dichos casos, será indistinto el mecanismo de contratación utilizado, así como la modalidad de pago del servicio contratada.

En esa línea, y de acuerdo a los actuados en la etapa de supervisión, la DFI determinó que en cinco (5) casos – líneas N° 14211XXX, N° CP00XXX-20XX, N° 13120XXX, N° 44482XXX y N° 44233XXX - TELEFÓNICA no conservó los contratos de los citados servicios, al señalar de forma expresa que los contratos no habían podido ser ubicados en sus archivos. Por lo tanto, y a diferencia de lo señalado por la referida empresa, es claro que en las líneas imputadas en este



BICENTENARIO  
PERÚ 2021



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

extremo del PAS se verificó plenamente el incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

Por otro lado, en cuanto a lo alegado por TELEFÓNICA sobre que no ha podido identificar el número de abonado para el caso de la línea N° CP00XXX-20XX, ni se le ha precisado las fechas de los contratos de las líneas N° 3120XXX, N° 44482XXX y N° 44233XXX; corresponde señalar que dicho argumento no constituye un obstáculo a fin que la citada empresa ubique dichos mecanismos de contratación en sus archivos, ello en la medida que en el requerimiento formulado por el OSIPTEL a través de la carta N° C. 00051-GOD/2020, se identificaron dichos códigos directamente con los cuatro (4) servicios contratados antes mencionados, otorgándole este Organismo mediante la citada comunicación la información sobre el nombre de la empresa titular de dichas líneas, así como el número de RUC de la misma<sup>5</sup>, siendo por lo tanto plenamente identificables por parte de TELEFÓNICA.

Aunado a ello, la misma TELEFONICA como bien señaló en su carta TDP-1505-AR-GGR-2020 de fecha 9 de junio de 2020, no desconocía la relación contractual con el titular de la empresa, ni mucho menos precisó que - en la actualidad - no brindaba sus servicios a la referida empresa.

Del mismo modo, corresponde indicar que, de la información remitida por TELEFÓNICA en sus Descargos, no se evidencia que contenga documentación o alguna precisión que haya tenido por finalidad acreditar, como parte de su defensa, que los contratos de prestación de servicios, en torno a las líneas N° 3120XXX, N° 44482XXX y N° 44233XXX, se hayan celebrado con anterioridad al año 2012; ello, en atención a lo establecido por el principio de libertad probatoria del administrado para aportar las pruebas que acrediten sus alegaciones, dispuesto en el artículo 173° del TUO de la LPAG<sup>6</sup>.

En esa línea, es claro que TELEFÓNICA se encontraba en una mejor capacidad de presentar los medios probatorios, a fin de acreditar la alegación referida a la fecha de celebración de los contratos, toda vez que si bien indicó de forma expresa que no logró ubicarlos en sus archivos; lo cierto es que pudo presentar, por ejemplo, las capturas de pantalla de sus sistemas internos en donde figuran las fechas de contratación de los contratos, entre otros, lo cual no ocurrió en el presente caso.

En ese sentido, esta Instancia considera - en línea con lo indicado por la DFI en el Informe Final de Instrucción - que TELEFÓNICA contó con la información suficiente y necesaria para identificar en sus archivos los mecanismos de contratación solicitados; sin perjuicio de resaltar que la exigencia de precisión de fecha y tipo de servicio, no se encuentre establecida en la conducta descrita en el tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso bajo análisis, lo cual permite concluir que la no precisión de la fecha de los contratos solicitados no enerva la obligación de la referida empresa de conservar dichos documentos.

Máxime teniendo en consideración, que desde la modificación efectuada al artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, incluida a través de la Resolución N° 056-2015-CD-OSIPTEL vigente desde el 1 de octubre de 2015, y en las modificaciones subsiguientes, la obligación de conservación del contrato del servicio público de telecomunicaciones por parte de las empresas operadoras se mantiene en tanto subsista también el contrato de abonado, o en caso este vínculo haya sido resuelto,

<sup>5</sup> Cabe precisar que las siguientes cuatro (4) líneas: N° CP00XXX-20XX, N° 3120XXX, N° 44482XXX y N° 44233XXX; corresponden a la misma persona jurídica.

<sup>6</sup> **“Artículo 173.- Carga de la prueba**

(...)

**173.2** Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.”



BICENTENARIO  
PERÚ 2021



la empresa operadora deberá conservar el contrato de abonado hasta por un período de diez (10) años, contados a partir de la fecha de efectiva de terminación del contrato.

Finalmente, cabe precisar que TELEFÓNICA no ha presentado argumentos de defensa a través de sus Descargos sobre la conservación del contrato de la línea N° 14211XXX (plan trío afiliado al servicio telefónico fijo, celebrado el 7 de octubre de 2013).

Por lo tanto, esta Instancia advierte que la DFI analizó toda la información que TELEFÓNICA remitió en respuesta a los requerimientos de remisión de los contratos de los cinco (5) casos imputados en este extremo del PAS, detectándose de forma clara el incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

Ello a pesar que, TELEFÓNICA es un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones que opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado, por lo cual se encuentra sujeto a la regulación del sector por parte de este Organismo Regulador, de tal forma que todas las obligaciones normativas sobre la materia le son plenamente aplicables.

De esta forma, le correspondía a la empresa operadora adoptar todas las medidas pertinentes a fin de dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en la normativa del sector, en este caso el TUO de las Condiciones de Uso, y con ello no incurrir en hechos que conlleven a la comisión de infracción administrativa.

En atención a ello, se espera que dicha empresa adopte suficientes medidas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resultan exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde honrar obedezca a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control; lo cual, no ha ocurrido en el presente caso.

Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos de defensa expuestos por TELEFÓNICA en este extremo del PAS.

## 1.2 **Respecto del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso:**

El artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, establece lo siguiente:

### ***“Artículo 120.- Carga de la prueba***

*La carga de la prueba respecto de la solicitud y/o aceptación a que se refiere el artículo 117 y de lo dispuesto en el artículo 118, corresponde a la empresa operadora.*

*La empresa operadora tiene la obligación de suministrar al abonado y a OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117”. (Subrayado agregado)*

Del citado artículo se desprende que se establece como obligación de las empresas operadoras - a requerimiento del OSIPTEL - la remisión del mecanismo de contratación en el que se pueda verificar la manifestación de voluntad de los usuarios de contratar, modificar, resolver, migrar, entre otros, un servicio público de telecomunicaciones.







En concordancia a ello, en el artículo 117° del mismo cuerpo normativo se establece la finalidad de los mecanismos de contratación, esto es que, mediante los mecanismos de contratación, las personas naturales o jurídicas manifiestan su voluntad de solicitar o aceptar entre otros, la contratación.

Asimismo, es importante señalar que el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso no establece un plazo específico para la remisión de dicha información; sin embargo, el TUO de la LPAG establece en su artículo 180.1<sup>7</sup>, la facultad de la Administración de solicitar pruebas a los administrados, para lo cual debe establecer fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.

En ese sentido, se podrá imputar el incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, cuando:

- Las empresas operadoras no remitan los mecanismos de contratación solicitados mediante documento formal, en el plazo establecido por el OSIPTEL, o
- Las empresas operadoras envíen la información solicitada mediante documento formal fuera del plazo establecido por el OSIPTEL.

Ahora bien, de lo actuado en la etapa de supervisión se advierte que la DFI, de la revisión de la documentación adjunta al memorando N° 00062-DAPU/2020, verificó que mediante la carta N° 01624-GPSU/2020 notificada el 13 de marzo de 2020, este Organismo solicitó a TELEFÓNICA lo siguiente: *“el mecanismo de contratación utilizado entre vuestra representada y el señor XXX para la adquisición del servicio “Trio” afiliado al N° fijo 14211XXX 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.*

Cabe precisar que, el referido requerimiento de información se formuló en atención a lo comunicado por TELEFÓNICA mediante carta TDP-0657-AR-GGR-20 recibida el 24 de febrero de 2020, en la cual comunicó que: *“el contrato por el servicio del Trío que refiere el Sr. XXX, 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 SI 139.90 que incluía un descuento de SI 50.00 por tres meses. Por dicho motivo, no se cuenta con un contrato físico como solicita el cliente”*

Así, en respuesta al requerimiento de información formulado mediante carta N° 01624-GPSU/2020, TELEFÓNICA, a través de la comunicación N° TDP-1504-AR-GGR-20 recibida el 09 de junio de 2020, se limitó a señalar que *“el contrato para la adquisición del Plan TRIO afiliado al servicio telefónico fijo N° 14211XXX, 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”*; sin embargo, no remitió el mecanismo de contratación requerido, correspondiente a la migración de dicha línea que se habría llevado a cabo el 01 de agosto de 2017, situación que se mantiene a la fecha de emisión de la presente Resolución.

<sup>7</sup> Artículo 180.- Solicitud de pruebas a los administrados

180.1 La autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba. Para el efecto se cursa el requerimiento mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

En ese sentido, ha quedado evidenciado que TELEFÓNICA no entregó a este Organismo el mecanismo de contratación de la línea N° 14211XXX, referido a la migración de fecha 01 de agosto de 2017, y solicitado a través de la carta N° 01624-GPSU/2020; por lo que esta Instancia considera que ha quedado acreditado el incumplimiento por parte de la citada empresa de lo dispuesto en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso.

A través de sus Descargos, TELEFÓNICA señala que la DFI le imputa la supuesta comisión de la infracción en una única línea, lo cual – a consideración de la citada empresa - además de contrariar los criterios de razonabilidad que debieran gobernar las actuaciones de la Administración Pública, no se cumpliría con comprobar adecuadamente la ocurrencia del supuesto hecho infractor.

Asimismo, TELEFÓNICA sostiene que la DFI se basa en que supuestamente su representada no habría indicado que el contrato de dicha línea "no habría sido ubicado", lo cual – a criterio de la citada empresa - no resulta cierto por las siguientes razones: i) no existe requerimiento expreso de la DFI respecto a la contratación que habría acontecido el 1 de agosto de 2017, asimismo, agrega la referida empresa que no existiría en el trámite del procedimiento de supervisión un requerimiento expreso que lo haya requerido; ii) su representada informó que no contaba con la documentación vinculada a alguna contratación de la línea N° 4211XXX, para ninguna de las transacciones referidas; en esa línea, añade TELEFÓNICA que la DFI no podría pretender argüir que su representada no informó que no tenía una documentación que - por demás - no le fue expresamente requerida.

En relación a lo alegado por TELEFÓNICA sobre la comisión de la infracción en una única línea, lo cual – a consideración de la citada empresa – es contrario a los criterios de razonabilidad; corresponde indicar que no constituye requisito para la configuración de la infracción del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso que el incumplimiento se haya detectado en una cantidad determinada de casos.

En esa línea, el número de incumplimientos detectados no le impide al OSIPTEL ejercer su facultad sancionadora, puesto que en línea con lo resuelto por el Consejo Directivo en la Resolución N° 020-2020-CD/OSIPTEL<sup>8</sup>, no es requisito para la configuración de la infracción que se trate de un hecho generalizado, pues las sanciones buscan reprimir la conducta infractora y evitar que ella se generalice.

Más aún si se toma en cuenta que la obligación contenida en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, se encuentra vigente desde el 01 de octubre del año 2012<sup>9</sup>, por lo que TELEFÓNICA conocía de antemano las obligaciones que como empresa concesionaria del sector de las telecomunicaciones se encontraba obligada a cumplir, y siendo que contó con el tiempo suficiente a fin de adecuar sus procedimientos y sistemas a fin de cumplir con la normativa.

En tal sentido, correspondía a la referida empresa adoptar las medidas suficientes para dar estricto cumplimiento a las obligaciones que le resultaban exigibles, más aún cuando el deber de diligencia exigido a las empresas operadoras es superior al común exigido, ello en función a su grado de especialidad o porque desarrollan actividades en virtud de una concesión, motivo por el cual se le exige un óptimo nivel de diligencia; por lo que, en cualquier caso, se espera que el desvío del

<sup>8</sup> <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/res020-2020-cd/Res020-2020-CD.pdf>

<sup>9</sup> A través de la Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL.



BICENTENARIO  
PERÚ 2021



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

cumplimiento de los deberes que le correspondía honrar haya obedecido a razones justificadas, esto es, que se hubiesen encontrado fuera de su posibilidad de control; lo cual no sucedió en el presente caso.

Por otro lado, en relación a lo alegado por TELEFÓNICA sobre que no existe requerimiento expreso de la DFI respecto a la contratación que habría acontecido el 1 de agosto de 2017; corresponde señalar que dicha alegación es incorrecta, dado que conforme se indicó de manera previa, la DFI advirtió en la etapa de supervisión que, ante requerimiento de información efectuado por este Organismo a TELEFÓNICA mediante carta N° C. 01624-GPSU/2020, se le requirió la remisión del mecanismo de contratación que acredite la solicitud y/o aceptación por parte del abonado del servicio Trio afiliado al N° fijo 14211XXX por el monto de S/ 139.90 soles, el mismo que versaba sobre la migración efectuada en agosto de 2017; requerimiento que no fue atendido por la citada empresa a la fecha.

Asimismo, en relación a la alegación de TELEFÓNICA sobre que su representada informó que no contaba con la documentación vinculada a alguna contratación de la línea N° 4211XXX, para ninguna de las transacciones referidas; cabe indicar que esta Instancia verifica que - contrario a lo señalado por la citada empresa - a través de la comunicación N° TDP 1504-AR-GGR-20 del 09 de junio de 2020, TELEFÓNICA atendió el requerimiento de información efectuado mediante la carta N° 1624-GPSU/2020, señalando de forma expresa que el contrato para la adquisición del plan trio afiliado al servicio telefónico N° 14211XXX, celebrado el 7 de octubre de 2013, no pudo ser ubicado su archivo, no haciendo referencia alguna al mecanismo de contratación requerido, respecto a la migración de dicha línea efectuada en agosto de 2017, conforme se muestra a continuación:



Walter Córdova Crisanto  
Gerente de Gestión Regulatoria  
Telefónica del Perú S.A.A.  
RUC: 20100017491  
Av. Juan de Arona 786, Piso 9 - San Isidro  
Lima - Perú

**TDP-1504-AR-GGR-20**

Lima, 09 de junio del 2020 09036-2020/SSB01  
09/06/2020

Señora:  
**TATIANA MERCEDES PICCINI ANTON**  
Gerente de Protección y Servicio al Usuario  
OSIPTEL  
Presente. -

Asunto: Reclamos del señor Victor Hugo Segovia Torres  
Referencia: **Carta C.01624-GPSU/2020**

De nuestra consideración,

Acusamos recibo de su carta de la referencia mediante la cual hace observaciones a la información enviada sobre el caso del señor Victor Hugo Segovia Torres quien le traslada su incomodidad por la falta de entrega de su contrato "Trío Movistar" afiliado al servicio telefónico fijo N° 14211750 y por los incrementos tarifarios que ha sufrido el mismo. Al respecto, respondemos a sus observaciones como sigue:

i) 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.





Aunado a ello, corresponde precisar que si bien se advierte que TELEFÓNICA indicó de forma expresa que no ubicó el contrato del trio afiliado al servicio telefónico N° 14211XXX, celebrado el 7 de octubre de 2013, lo cierto es que ello no lo eximía de la obligación de remitir el mecanismo de contratación requerido – migración efectuada en agosto de 2017 – debido a que la misma podría haber sido contratada a través de un mecanismo de contratación distinto al físico.

En esa línea, es claro que TELEFÓNICA se pronunció respecto al contrato de la línea N° 14211XXX celebrado el 7 de octubre de 2013, pero no hizo referencia alguna a lo requerido por este Organismo, esto es, remisión del mecanismo de contratación de la migración de la citada línea efectuada el 01 de agosto de 2017.

Por lo tanto, se advierte que TELEFÓNICA no habría tomado las acciones necesarias para cumplir con el requerimiento efectuado por la DFI en la etapa de supervisión, siendo que ello se encontraba dentro de su esfera de control, pudiendo por lo tanto haberse evitado el incumplimiento detectado en el presente PAS, lo cual no sucedió en el presente caso, denotándose por lo tanto una conducta negligente por parte de la referida empresa.

Aunado a ello, cabe precisar que, a lo largo del presente PAS, TELEFÓNICA no ha presentado medio probatorio alguno que le permita acreditar que el incumplimiento acontecido obedeciera a hechos ajenos a su control, que le permitiese haber sido eximida de responsabilidad.

Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA expuestos en relación a este extremo del PAS.

### **1.3 Respetto a la presunta vulneración a los Principios de Presunción de Licitud y Verdad Material:**

Mediante sus Descargos, TELEFÓNICA sostiene que, en relación a las imputaciones de los artículos 9° y 120° del TUO de las Condiciones de Uso, no existe comprobación de los supuestos de hecho ilícitos.

Así, señala TELEFÓNICA que, es sabido que especialmente en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, la carga de la prueba recae sobre la autoridad administrativa, tal y como lo establece el Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 246° del TUO de la LPAG.

Asimismo, TELEFÓNICA indica que el Principio de Presunción de Licitud, por su parte, se encuentra vinculado además al Principio de Verdad Material, el cual constituye un componente del deber de actuación de las autoridades administrativas durante el desarrollo del procedimiento administrativo, el mismo que se encuentra regulado en el inciso 1.11 del artículo IV del TUO de la LPAG.

TELEFÓNICA añade que la administración tiene el deber de adecuar su accionar a la verdad material y verificar fehacientemente - es decir, sin lugar a dudas y con suficiencia - los hechos que sirven de motivos a sus decisiones. En esa línea, señala TELEFÓNICA que, el Principio de Verdad Material postula que el órgano administrativo está obligado a realizar todas las diligencias probatorias que tiendan a la averiguación de los hechos para luego fundamentar la decisión, independientemente de la alegación y demostración particular.





Sobre el particular, en relación a lo manifestado por TELEFÓNICA sobre la presunta vulneración de los Principios de Presunción de Licitud y Verdad Material, toda vez que -a su juicio- existiría una incorrecta imputación de cargos dado que no existiría una debida comprobación de los supuestos hechos que constituirán el ilícito; cabe indicar que corresponde remitirnos de manera inicial a la descripción de las conductas infractoras que se imputan en el presente PAS.

Así, conforme se indicó de manera previa, en el caso del tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, se advierte que para que determinada conducta se subsuma en el ilícito descrito en el referido tipo legal, bastará con que la empresa operadora, no conserve el contrato de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y sus anexos, si los hubiere, y que, en dichos casos, será indistinto el mecanismo de contratación utilizado, así como la modalidad de pago del servicio contratada.

Del mismo modo, en relación al artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, reiteramos que para que se configure el ilícito, debe ocurrir que: i) las empresas operadoras no remiten los mecanismos de contratación solicitados mediante documento formal, en el plazo establecido por el OSIPTEL; o, ii) las empresas operadoras envíen la información solicitada mediante documento formal fuera del plazo establecido por el OSIPTEL.

De este modo, la DFI en calidad de Órgano Instructor, analizó los hechos acontecidos en la etapa de supervisión – los cuales incluían las comunicaciones cursadas a este Organismo por la propia TELEFÓNICA - y verificó que la citada empresa en relación al tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso no conservó los contratos de los cinco (5) casos imputados (al señalar de forma expresa TELEFÓNICA que no logró ubicar los contratos en sus archivos), y en cuanto al artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, advirtió que no remitió el mecanismo de contratación de un (1) caso requerido de forma expresa mediante la carta N° 01624-GPSU/2020.

En esa línea, se advierte – contrario a lo señalado por TELEFÓNICA – que los medios analizados fueron concluyentes 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 al haberse constatado plenamente los hechos que dieron inicio al presente procedimiento, corresponde desestimar una vulneración al Principio de Verdad Material.

Por otro lado, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9<sup>10</sup> del artículo 248° del TUO de la LPAG, la Autoridad administrativa debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario (presunción de inocencia), y en consecuencia, como una derivación del deber de oficialidad que rige el procedimiento administrativo, le corresponde a dicha Autoridad la carga de la prueba<sup>11</sup>, ello no ocurrirá así en los casos en los que su ejercicio no resulte materialmente posible de ejecutar a ésta

<sup>10</sup> **“Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

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

<sup>11</sup> **“Artículo 162°.- Carga de la prueba**

162.1 *La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.*

162.2 *Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones”.*





última, por corresponder a actuaciones materiales que únicamente el administrado se encontraría en capacidad de realizar, como es el caso de la acreditación de la diligencia debida.

Asimismo, debemos tener en cuenta que estamos ante una empresa especializada<sup>12</sup> en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, que desarrolla una actividad que le ha sido encargada mediante el mecanismo de la Concesión por el Estado Peruano, por lo que se encontraba obligada a contar con las herramientas adecuadas y el nivel de capacitación necesario de su personal para dar cumplimiento a la normativa antes referida.

Sin embargo, se verifica que TELEFÓNICA no habría tomado las acciones necesarias para cumplir con la conservación de los contratos, y con la remisión de los mecanismos de contratación que le sean requeridos por este Organismo; siendo que ello se encontraba dentro de su esfera de control, pudiendo por lo tanto haberse evitado los incumplimientos detectados en el presenta PAS, lo cual no sucedió en el presente caso, denotándose por lo tanto una conducta negligente por parte de la referida empresa.

Por lo tanto, se descarta una vulneración a los Principios de Presunción de Licitud y de Verdad Material; correspondiendo en esa línea desestimar los argumentos de TELEFÓNICA expuestos en el presente extremo del PAS.

#### 1.4 Respecto a la aplicación del Principio de Razonabilidad:

A través de sus Descargos, TELEFÓNICA indica que este Organismo al momento de adoptar medidas gravosas en contra del administrado debe evaluar su cometido en virtud del Principio de Razonabilidad y sus subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Asimismo, TELEFÓNICA alega que bajo el actual enfoque de la norma administrativa en el TUO de la LPAG, la Administración debe guiar sus actuaciones a la luz del esquema *Pyramid Enforcement*, el cual propone una estrategia conocida como "la zanahoria y el garrote" ("*carrot and stick*" en su desarrollo en inglés), agregando que la Autoridad debe preferir aquellas medidas que sean menos intrusivas (*education and advice; warning letters*) a la esfera jurídica de los administrados haciendo solo uso de las medidas más drásticas (*deterrence*) solo cuando no hayan funcionado las opciones anteriores.

TELEFÓNICA añade que este nuevo enfoque basado en el paradigma de la regulación responsiva tiene como cometido transformar el esquema punitivo que caracterizaban a las Administraciones Públicas al margen de las motivaciones intestinas que la llevaron a sostener un afán represivo. Sin embargo, a consideración de TELEFÓNICA, con la llegada del Decreto Legislativo N° 1272, la orientación y los incentivos que dictan el accionar de las Autoridades deben partir desde una óptica diferente y menos invasiva.

<sup>12</sup> Así lo refiere De Palma, quien sobre este aspecto señala lo siguiente:

- "El grado de diligencia que se impone desde el Derecho Administrativo Sancionador estará en función de diversas circunstancias: a) tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deban ser desarrolladas por profesionales en materia; o c) actividades que requieran previa autorización administrativo, lo que supondría no sólo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia". DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1996. P. 142).





Por otro lado, TELEFÓNICA sostiene que resulta imperante para su representada dejar por constancia la serie de circunstancias y acciones desplegadas, tales como: i) ha mostrado en todo momento su plena disposición para dar cumplimiento a la solicitud de información, para lo cual asumieron todos los costos económicos, humanos y tecnológicos a fin de dar atención al requerimiento formulado por el Regulador; ii) ha demostrado en todo momento su total transparencia en la remisión de la información de sus abonados así como sus contrataciones, siendo que en cada oportunidad se remitió la data que fue directamente extraída de los sistemas de su representada; y, iii) en cualquier caso, la *ratio* de datos observados es minúsculo en comparación con la totalidad de información que periódicamente debe ser resguardada por su representada.

Del mismo modo, TELEFÓNICA indica sobre el test de razonabilidad en el procedimiento administrativo sancionador, que el Tribunal Constitucional ha sido enfático al señalar que la razonabilidad de las actuaciones administrativas constituye elemento sustancial para el aseguramiento del respeto de los derechos fundamentales de los administrados (a través de la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA), así como que el referido Tribunal determina que no cabe la aplicación mecánica de una norma, sino siempre en atención a las particularidades del caso (mediante el Expediente N° 3167-2010-PA/TC).

Finalmente, TELEFÓNICA indica que resultará más prudente imponer una medida menos gravosa que una multa pecuniaria a su representada, a saber: la disposición de archivo en virtud del Principio de Razonabilidad o la emisión de una exhortación, medida de advertencia y/o una recomendación, entre otras opciones previstas en el TUO de la LPAG, agregando que con la adopción de una medida menos gravosa, la Administración puede dar cumplimiento normativo o adecuar el mismo sin necesidad de recurrir a la aplicación de una medida tan gravosa como la imposición de una multa pecuniaria, más aún si - a consideración de la referida empresa - su representada ha demostrado a lo largo del procedimiento su pleno compromiso para dar cumplimiento a las exigencias regulatorias.

Respecto a lo indicado por TELEFÓNICA, cabe resaltar que conforme lo establece el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, en virtud al Principio de Razonabilidad las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; asimismo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando determinados criterios para su graduación.

Por su parte, coincidimos con TELEFÓNICA en relación a que el Tribunal Constitucional ha establecido que el establecimiento de disposiciones sancionatorias no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas<sup>13</sup>. Asimismo, coincidimos con el referido Tribunal en relación a que para tomar una decisión razonable se deben seguir cuando menos las siguientes pautas<sup>14</sup>:

- a. La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

<sup>13</sup> Expediente N° 3167-2010-PA/TC.

<sup>14</sup> A través de la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA.





- b. La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas.
- c. Que la medida adoptada sea la idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

Así, con relación al primer elemento, cabe indicar que en atención a lo dispuesto en los artículos 40° y 41° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N°008-2001-PCM, la Gerencia General ostenta la facultad de imponer sanciones por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión; siendo que, de acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones de dicha institución (ROF) y sus modificatorias vigentes al momento del inicio del PAS, la DFI se constituye en el órgano de instrucción en los procedimientos sancionadores, cuya competencia sea de la Gerencia General.

Respecto al segundo elemento, se observa que, contrario a lo afirmado por TELEFÓNICA, este Organismo Regulador consideró que correspondía iniciar un PAS debido a que la referida empresa incumplió con conservar los contratos en cinco (5) casos imputados, configurándose el incumplimiento de la obligación contenida en el tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

Del mismo modo, el OSIPTEL advirtió que en un (1) caso, TELEFÓNICA no remitió el mecanismo de contratación requerido, configurándose el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso.

En esa línea, se evidencia que pese a que TELEFÓNICA sostiene que su representada tomó ciertas acciones, tales como que ha mostrado en todo momento su plena disposición para dar cumplimiento a la solicitud de información, para lo cual asumió todos los costos económicos, humanos y tecnológicos a fin de dar atención al requerimiento formulado por el Regulador; así como que su representada ha demostrado en todo momento su total transparencia en la remisión de la información de sus abonados, así como sus contrataciones; lo cierto es que se advierte que las referidas acciones no resultaron suficientes en tanto se configuraron dos (2) infracciones en el marco del presente PAS.

Del mismo modo, corresponde indicar que en relación a lo señalado por TELEFÓNICA sobre que la *ratio* de datos observados es minúscula; que de la lectura del tercer párrafo del artículo 9° y del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, no se evidencia que se exija un número de casos determinado a fin de que se configuren las citadas infracciones.

De allí que el inicio del PAS y una eventual sanción impuesta se encuentra plenamente justificada, debido a que está destinada a reprimir la conducta infractora de TELEFÓNICA para que, en lo sucesivo, adecúe su conducta.

En cuanto al tercer elemento, corresponde determinar si el inicio del PAS era la medida pertinente que correspondía adoptarse en el presente caso, para lo cual deberá aplicarse el test de razonabilidad y verificar si se cumple con sus tres (3) dimensiones, estas son: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.







PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

Respecto del **juicio de idoneidad o adecuación**, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de 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, a partir de ésta, 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. En otros términos, la sanción tiene un efecto disciplinador.

Así, la medida a ser adoptada debe ser adecuada para alcanzar el fin público que busca tutelar el cual - para el presente caso - se encuentra vinculado con garantizar que las empresas operadoras conserven los mecanismos de contratación y que estos sean remitidos al OSIPTEL cuando sean requeridos, en la medida que esto - por el lado de la conservación de contratos- afecta directamente a los abonados del servicio al no contar con la documentación que les permita no solo contrastar los términos de la contratación celebrada con la empresa operadora, sino también para demostrar o desvirtuarse una posible contratación fraudulenta para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; y - respecto a la no remisión de mecanismos de contratación- genera un perjuicio a la función supervisora del OSIPTEL para que, a través de la información solicitada, se verifiquen las contrataciones de los servicios públicos de telecomunicaciones y sus diversas obligaciones en torno al mismo.

De este modo, con relación al **incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso**, se evidencia una afectación al bien jurídico protegido consistente en la conservación del contrato que acredite la contratación del servicio y, además, ocasiona un perjuicio en la función supervisora del OSIPTEL para que, a través de la información solicitada, se verifiquen las contrataciones de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En efecto, es preciso tener en consideración que, tal como se precisó en la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 00056-2015-CD/OSIPTEL<sup>15</sup>, la obligación de conservar los contratos de abonados se ha regulado en función de que a la empresa operadora le corresponde la carga de la prueba en relación con la solicitud y/o aceptación del abonado respecto de la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones y, además, debido a que tiene la obligación de suministrar al abonado y al OSIPTEL toda información relativa a la contratación de servicios, cuando así sea requerida.

Así, para este tipo de incumplimiento debe tomarse en cuenta que la no conservación de los contratos resulta perjudicial a los abonados, al no contar con la documentación que les permita no solo contrastar los términos de la contratación celebrada con la empresa operadora, sino también podría ser útil para demostrar o desvirtuar una posible contratación fraudulenta de servicios públicos de telecomunicaciones.

Por otro lado, en cuanto al **incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso**, corresponde indicar, en línea con lo señalado por el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 179-2021-CD/OSIPTEL<sup>16</sup> que para este Organismo Regulador es determinante garantizar el cumplimiento del referido artículo, toda vez que dicha disposición viabiliza la supervisión no solo del vínculo

<sup>15</sup> Vigente desde el 01 de octubre de 2015.

<sup>16</sup> <https://www.osiptel.gob.pe/media/g3idmwtr/resol179-2021-cd.pdf>





que debería existir entre la empresa y el abonado a partir de la contratación de un servicio público de telecomunicaciones, sino también permite conocer las condiciones que se acordaron a partir del correspondiente mecanismo de contratación.

En tal sentido, el inicio del PAS constituye una medida eficaz, que permitirá generar un efecto disuasivo de modo tal que TELEFÓNICA implemente mecanismos y/o comportamientos eficaces que le permitan conservar los mecanismos de contratación, y/o remitirlos a este Organismo en cuanto le sean requeridos.

A partir de lo descrito, el inicio del presente PAS se encuentra justificado en el ejercicio de la facultad sancionadora del OSIPTEL ante el incumplimiento de TELEFÓNICA de dos (2) obligaciones que se encuentran tipificadas cada una como leve.

Por consiguiente, las empresas operadoras deben cumplir con la conservación de los contratos, y/o la remisión de los mecanismos de contratación en cuanto le sean requeridos por este Organismo; caso contrario, deben aplicarse las medidas que correspondan- las sanciones dentro de ellas-, a fin de persuadir a las empresas operadoras a que acaten las disposiciones del Organismo Regulador.

Ahora bien, con relación al nuevo enfoque de regulación responsiva, corresponde señalar que esta Instancia coincide con TELEFÓNICA 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 *Responsive Regulation* 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 por el incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9° y del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, la DFI 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 PAS.

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

Así, en cuanto a lo alegado por TELEFÓNICA sobre la adopción de “medidas menos gravosas”, se analizará a continuación si en el presente caso, corresponde la adopción de otras medidas, tales como las comunicaciones preventivas, las medidas de advertencia y las medidas correctivas.

En cuanto a la figura de la comunicación preventiva, la misma se emite como resultado de la realización de un monitoreo, el cual tiene como finalidad tomar conocimiento del desempeño de las entidades supervisadas en el mercado de





servicios públicos de telecomunicaciones, de conformidad con el artículo 6°<sup>17</sup> del Reglamento General de Supervisión<sup>18</sup> (Reglamento de Supervisión)<sup>19</sup>, se verifica que es una figura exclusiva de la etapa del monitoreo y no de la etapa de supervisión.

Ante ello, cabe resaltar que el presente PAS no se inició como consecuencia de acciones de monitoreo, sino de las supervisiones tramitadas en el Expediente N° 0172-DFI/2021, en el cual se advirtieron los presuntos incumplimientos de TELEFÓNICA que son materia de imputación en el caso en concreto; por lo tanto, no corresponde la aplicación de una comunicación preventiva.

Sobre la emisión de medidas de advertencia, de acuerdo a lo establecido el artículo 30° del Reglamento de Supervisión<sup>20</sup>, se verifica que estas tienen carácter facultativo y sólo podrán emitirse en los supuestos mencionados en dicho artículo, siendo que se verifica que ninguno de ellos se subsume al caso en particular, por lo que no resulta posible su aplicación en este PAS.

Respecto de la imposición de medidas correctivas definidas en el artículo 23° del entonces Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS)<sup>21</sup> - ahora Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS)<sup>22</sup> - cabe precisar que la misma es una potestad de la entidad y su aplicación dependerá de la trascendencia del bien jurídico protegido y afectado en el caso; es decir, la elección de dichas medidas no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

Al respecto, cabe indicar que en el presente caso no es posible la aplicación de tal medida, considerando que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el tercer párrafo del artículo 9° y del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso, resultan de carácter fundamental, debido a la relevancia del bien jurídico del presente caso (conservación de los contratos, y entrega de mecanismos de contratación requeridos por el OSIPTEL), pues en caso de no ser conservados y/o no entregados, se afecta gravemente la función supervisora del Regulador, generando incertidumbre en relación con la

<sup>17</sup> "Artículo 6°.- Monitoreo Son aquellas actividades que realizara el OSIPTEL de manera facultativa, con la finalidad de tomar conocimiento del desempeño de las entidades supervisadas en el mercado de servicios de telecomunicaciones".

<sup>18</sup> Aprobado mediante Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL.

<sup>19</sup> Vigente al momento de realizarse la supervisión.

<sup>20</sup> Reglamento de Supervisión:

(...)

Artículo 30°.- Medidas de Advertencia:

(...)

*Basado en el principio de Razonabilidad, la medida de advertencia se podrá emitir en los siguientes casos:*

- a) Cuando el incumplimiento versa sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de dicha entrada en vigencia.*
- b) En el marco de la primera acción de supervisión sobre determinada materia que se realiza a una entidad supervisada dentro del primer año en que, en virtud de su reciente título habilitante, inicia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.*
- c) Que el incumplimiento detectado en la acción de supervisión haya sido corregido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de su detección y comunicado al OSIPTEL a más tardar al día hábil siguiente del vencimiento de dicho plazo, así como que se estime que la conducta infractora no causó daño efectivo o potencial.*
- d) Cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la que se refiere el artículo 16 del presente Reglamento, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria Final.*
- e) Que la entidad supervisada se exceda hasta en tres (3) días del plazo establecido para la entrega de información solicitada mediante escrito del OSIPTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio.*

<sup>21</sup> Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTEL y sus modificatorias.

<sup>22</sup> De acuerdo a lo señalado en el artículo segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL.





verificación de las contrataciones de los servicios públicos de telecomunicaciones y sus diversas obligaciones contractuales.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que no es la primera vez que TELEFÓNICA incurre en un incumplimiento derivado de la obligación establecida en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, habiendo sido sancionada con anterioridad en el Expediente N° 20-2017-GG-GSF/PAS, a través de la Resolución N° 249-2017-GG/OSIPTEL y confirmada en parte<sup>23</sup> mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 161-2017-CD/OSIPTEL, al no haber conservado doscientos veintiocho (228) mecanismos de contratación.

Del mismo modo, TELEFÓNICA incurrió en un incumplimiento derivado de la obligación establecida en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, habiendo sido sancionada con anterioridad en el Expediente N° 113-2018-GG-GSF/PAS, a través de la Resolución N° 206-2019-GG/OSIPTEL y confirmada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 12-2020-CD/OSIPTEL.

En ese orden de ideas, esta Instancia considera que el inicio de este PAS - en contraposición con la comunicación de una medida de advertencia o medida correctiva - se ha realizado observando los Principios de Razonabilidad y Oportunidad, toda vez que se analizó que la medida a adoptarse sea necesaria, idónea y proporcional; buscando que la empresa operadora asuma los costos (vg. administrativos, económicos, de oportunidad) de su comportamiento y adopte mejores prácticas para dar cumplimiento a la normativa de telecomunicaciones vigente; por lo tanto, se cumple la dimensión del test de razonabilidad en lo que atañe al juicio de necesidad.

Respecto del **juicio de proporcionalidad**, siendo que con este sub principio se busca establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, se considera que está estrechamente vinculado con el juicio de necesidad analizado precedentemente.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que efectivamente se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que la medida dispuesta por la DFI resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar, a fin que la empresa operadora no vuelva a incurrir en 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 del artículo 120° de la referida norma.

Asimismo, como se ha explicado, el inicio del presente PAS busca generar un incentivo para que en lo sucesivo TELEFÓNICA sea más cautelosa en lo que concierne al cumplimiento de la normatividad que involucra su actividad. Es decir, es mayor el beneficio que se espera produzca la medida adoptada sobre el interés general, respecto al eventual desmedro sufrido por la empresa operadora. Por lo que, en el presente caso, se cumple con los parámetros del juicio de proporcionalidad.

De acuerdo a ello, la medida adoptada - inicio del PAS - observa plenamente el Principio de Razonabilidad. En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos presentados por TELEFÓNICA en este extremo.

<sup>23</sup> El Consejo Directivo modificó la multa impuesta de 50 UIT a 47.5 UIT, dado que verificó que TELEFÓNICA acreditó la implementación de medidas que aseguraban la no repetición de la conducta infractora.





## 2. Respecto a la aplicación del eximente de responsabilidad contemplado en el TUO de la LPAG

Una vez determinada la 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 del artículo 120° de la referida norma; corresponde que esta Instancia evalúe si se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG, así como en el artículo 5° del RGIS.

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se produjeron como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza de este eximente, no corresponde aplicar el mismo en este caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento se concluye que TELEFÓNICA no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a la que se refiere el inciso 3) del artículo 255° del TUO de la LPAG: A efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:

- La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
- La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
- La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
- La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

Asimismo, conviene precisar que si bien en un PAS, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponden al administrado que los plantea.

En esa línea, Nieto<sup>24</sup> - haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español - señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad; y, de ser el caso, atenuantes.

Sobre el particular, esta Instancia considera, en línea con lo indicado por la DFI en el Informe Final de Instrucción, que TELEFÓNICA no ha acreditado el cese de las conductas infractoras ni la reversión de los efectos derivados de las mismas, más aún, si se tiene en cuenta que la referida empresa en la etapa de supervisión e instrucción, en relación al extremo del tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, reconoció no haber ubicado los contratos en sus archivos, por lo que no sería posible determinar el cese de la conducta infractora en los cinco (5) casos imputados en este extremo. Asimismo, en cuanto al extremo del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, se advierte que TELEFÓNICA no ha cesado la conducta infractora, en tanto – a la fecha – no ha remitido el mecanismo de contratación requerido por este Organismo respecto a un (1) caso imputado.

Por lo tanto, esta Instancia verifica que no corresponde continuar con el análisis para la aplicación del referido eximente de responsabilidad, toda vez que no han concurrido los requisitos para su configuración.

En atención a lo expuesto, esta Instancia considera que no procede la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG.

### III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

#### 3.1 Respecto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG

A fin de determinar la graduación de las sanciones a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. Así, procede el siguiente análisis:

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

<sup>24</sup> NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. Página N° 424.





Este criterio de graduación se encuentra también referido en el literal f) del artículo 30° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL – Ley N° 27336 (LDFF), 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.

Dicho criterio se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio ilícito no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido o evitado por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

- Tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso: Sobre el particular, la metodología de graduación para esta infracción se basa en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener la empresa como consecuencia de la comisión de dicha conducta.

Así, para el cálculo 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 (equipo, software y personal) 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.

- Artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso: Al respecto, 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. Así, en el caso en particular, dicho beneficio corresponde al costo evitado de una sanción por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la utilización de los mecanismos de contratación establecidas en el artículo 118° del TUO de la Condiciones de Uso. 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

En esa línea, de acuerdo a la metodología establecida en la Guía de Multas<sup>25</sup>, el beneficio ilícito obtenido corresponde al 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), tomando en cuenta el tamaño de la empresa en función a su facturación.

Finalmente, 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.

## ii. Probabilidad de detección de la infracción:

<sup>25</sup> Publicada en la página web del OSIPTEL a través del link: <https://www.osiptel.gob.pe/media/5qta5j0n/inf152-gprc-2019.pdf>





Este criterio está representado por la probabilidad de que la infracción sea detectada por el OSIPTEL. Así, la multa estimada se pondera por una *ratio* que incorpora la probabilidad de detección, la cual refleja la proporción de infracciones que pueden ser detectadas por el regulador.

En un caso óptimo, la probabilidad de detección debería calcularse como la cantidad de veces que la autoridad administrativa consigue descubrir al infractor entre el total de infracciones cometidas. Sin embargo, ante la imposibilidad de tener conocimiento del total de infracciones incurridas, se tiene que recurrir a formas alternativas para estimar dicha probabilidad.

- Tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso: En el presente caso, y en línea con lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción se considera una probabilidad de detección *baja*. Ello en la medida que: i) la supervisión se realiza en forma eventual y no de forma periódica, habida cuenta que los mecanismos utilizados por este Organismo Regulador para detectar esta conducta infractora están asociados con previos requerimientos de información como consecuencia de denuncias presentadas por usuarios, y puestas en conocimiento de la DFI por distintas áreas de la institución; y, ii) la disponibilidad de la información requiere de mayor esfuerzo para la verificación de la conducta infractora, teniendo en consideración que resulta difícil que el OSIPTEL pueda supervisar la totalidad del universo de los contratos suscritos por la empresa operadora y sus abonados en un momento determinado.
- Artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso: Al respecto, y en línea con lo indicado por la DFI en el Informe Final de Instrucción, se considera una probabilidad de detección *muy alta*, debido a que el OSIPTEL pudo verificar el incumplimiento de remisión de información, con la sola observación de la data proporcionada por la empresa operadora y la verificación del vencimiento de los plazos concedidos por este Organismo; es decir, la disponibilidad de la información para la identificación de la infracción fue completa.

### iii. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

Este criterio está contemplado también en los literales a) y b) del artículo 30° de la LDFF, referidos a la naturaleza y gravedad de la infracción y el daño causado por la conducta infractora.

De conformidad con lo señalado en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al incumplir con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 9° y el artículo 120° de la referida norma, TELEFÓNICA incurrió en dos (2) infracciones leves; con lo cual correspondería sancionarla con dos (2) multas de entre media (0.5) UIT a cincuenta (50) UIT, cada una, según lo establecido por el artículo 25° de la LDFF.

- Tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso: Sobre el particular, la no conservación de los contratos de servicios públicos de telecomunicaciones conlleva a que la empresa operadora: i) afecte el derecho de los abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones al no contar con la documentación que les permita no solo contrastar los términos de la contratación celebrada con la empresa operadora, sino también para verificar una posible contratación fraudulenta; y, ii) afecta la función supervisora del







OSIPTEL para que, a través de la información solicitada (mecanismo de contratación), se verifiquen las contrataciones de los servicios públicos de telecomunicaciones y sus diversas obligaciones en torno al mismo.

- Artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso: Al respecto, conforme se ha evaluado de manera previa y de las pruebas recopiladas en la etapa de supervisión, se advierte que TELEFÓNICA no ha remitido al OSIPTEL - cuando le fue requerido - el mecanismo de contratación para la adquisición del servicio “Trío” afiliado al N° 14211XXX por el monto de S/ 139.90 soles, que se habría llevado a cabo el 01 de agosto de 2017; en razón de lo cual, se retrasó la función supervisora, generando incertidumbre en relación a la contratación de los referidos servicios, toda vez que la titularidad de las mismas estarían ligadas a un abonado, sin que pueda verificarse las condiciones en que se dio la aceptación de dicha contratación.

#### iv. El perjuicio económico causado:

Tanto este criterio como el anterior hacen referencia al criterio referido al daño causado señalado en la LDFF. Considerando que el daño causado puede ser económico o no económico, el perjuicio económico alude al primero, en tanto que la gravedad del daño al interés público o al bien jurídico protegido refiere al segundo. En este apartado, solo se analiza, en consecuencia, el daño causado entendido como daño o perjuicio de tipo económico, únicamente.

En el presente caso, si bien no existen elementos objetivos que permitan determinar el perjuicio económico causado por los incumplimientos del tercer párrafo del artículo 9° y del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso; ello no significa que no se haya producido otro tipo de perjuicio, toda vez que podría dificultarse las labores de función supervisora del OSIPTEL como se mencionó anteriormente, sin perjuicio de señalar que ello no fue tomado en consideración para el cálculo de la sanción.

#### v. Reincidencia en la comisión de la infracción:

Sobre el particular, corresponde indicar que esta Instancia advierte que, en relación al extremo del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 248° del TUO de la LPAG y el artículo 18° del RGIS.

Al respecto, de conformidad con lo establecido por el Consejo Directivo en la Resolución N° 00013-2019-CD/OSIPTEL<sup>26</sup>, para la aplicación de la reincidencia es necesario que tanto la primera infracción (que constituye el antecedente) como la segunda infracción (que constituye la reincidencia como el agravante) hayan sido cometidas bajo la vigencia de la misma norma, conforme se cita a continuación:

En el presente caso se ha configurado la reincidencia respecto de la infracción del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, de acuerdo con el siguiente detalle:

<sup>26</sup> Resolución de Consejo Directivo publicada en la página Web del OSIPTEL en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/hasntlgn/res013-2018-cd.pdf>, en la cual se señala lo siguiente:

*“(…), debe precisarse que en la Resolución N° 094-2015-CD/OSIPTEL el Consejo Directivo del OSIPTEL adoptó el criterio que para determinar el régimen de reincidencia aplicable en un caso en particular se debe apreciar que tanto la primera infracción –que constituye el antecedente–, así como la segunda infracción –en la que se va a considerar la reincidencia como agravante–, deben haber sido cometidas bajo la vigencia de la misma norma”.*





Número de Expediente	Artículo	Período de incumplimiento	Número de Resolución	Multa	Estado
113-2018-GG-GSF/PAS	120° del TUO de las Condiciones de Uso <sup>27</sup>	Noviembre de 2018	12-2020-CD/OSIPTTEL del 23 de enero de 2020.	33 UIT	Firme

Al respecto, es preciso tener en consideración que según la modificatoria del artículo 18° del RGIS dispuesta por la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017- CD/OSIPTTEL<sup>28</sup>, la reincidencia se configura siempre que exista resolución anterior que, en vía administrativa, hubiere quedado firme o haya causado estado; y, que la infracción reiterada se haya cometido en el plazo de un (1) año desde la fecha en que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

En el presente caso siendo que la Resolución anterior quedo firme el 23 de enero de 2020, el periodo del año se computa desde el 24/01/2020 al 24/01/2021, por tanto, siendo que los hechos que configuran la infracción en el presente PAS, en relación al extremo del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, se dieron mediante la falta de remisión del mecanismo de contratación en marzo de 2020, esta Instancia considera que procede incrementar la multa base en un 100%.

#### vi. Circunstancias de la comisión de la infracción:

De acuerdo al RGIS, este criterio de graduación está relacionado con las circunstancias tales como, el grado del incumplimiento de la obligación, la oportunidad en la que cesó la conducta infractora, la adopción de un comportamiento contrario a una adecuada conducta procedimental, entre otras de similar naturaleza.

En el presente caso se advierte que TELEFÓNICA no ha tenido una conducta diligente que, de haber existido, habría evitado de alguna manera el resultado producido.

Al respecto, es preciso señalar que el tercer párrafo del artículo 9° y el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso establecen de manera expresa y taxativa las obligaciones de las empresas operadoras de conservar los contratos de los servicios públicos de telecomunicaciones y de remitir los mecanismos de contratación que acrediten la aceptación y/o contratación de los mecanismos de contratación, cuando le sea requerido por el OSIPTTEL.

En ese sentido, en el presente caso TELEFÓNICA no cumplió con conservar los mecanismos de contratación, de los siguientes cinco (5) casos imputados: (i) plan trio afiliado al servicio telefónico fijo N° 14211XXX, celebrado el 7 de octubre de 2013, y los contratos referidos a los servicios (ii) N° CP00XXX-20XX, (iii) N° 13120XXX, (iv) N° 44482XXX y (v) N° 44233XXX.

Por otro lado, TELEFÓNICA no ha remitido al OSIPTTEL el mecanismo de contratación por el servicio trio afiliado al N° 14211XXX por el monto de S/ 139.90

<sup>27</sup> Por el incumplimiento del artículo 120 de la referida norma toda vez que no remitió cuatro (4) solicitudes de migración referidas a planes ilimitados y, una (1) de ellas fue remitida fuera de plazo.

<sup>28</sup> Publicada en el diario oficial El Peruano, de fecha 20 de abril de 2017.





soles, sea este a través de una promoción especial o por migración, celebrado el 1 de agosto de 2017, mecanismo que fue expresamente solicitado a través de la carta C. 01624-GPSU/2020.

Aunado a ello, cabe tener en consideración que TELEFÓNICA a través de sus descargos, no ha brindado información que genere certeza, es decir, si logró ubicar los contratos, y, por otro lado, no ha remitido, hasta la fecha de emisión de la presente Resolución, el mecanismo de contratación al que se hace referencia en el párrafo precedente. En esa línea, a la fecha, lo que es objeto de imputación y ha quedado comprobado, es que la empresa operadora no cumplió con conservar los contratos señalados y no cumplió con remitir el mecanismo de contratación solicitado por el OSIPTEL.

#### vii. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor:

En este extremo, no ha quedado acreditada la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

Por tanto, atendiendo a los hechos acreditados en el presente PAS, así como, luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el TUO de la LPAG, correspondería sancionar a TELEFÓNICA con:

- i) Una (1) multa de 50 UIT<sup>29</sup> por el incumplimiento de la obligación establecida en el tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso; y,
- ii) Una (1) multa de 35.8 UIT, por el incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, la misma que por la aplicación de la reincidencia corresponde incrementar la multa base en un 100%, debiendo ajustarse al tope establecido para las infracciones leves, resultando por lo tanto una multa final de 50 UIT.

### 3.2 Respecto de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RGIS

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

- Si iniciado un PAS, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
- Otros que se establezcan por norma especial.

Así las cosas, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18° del RGIS<sup>30</sup>, son factores atenuantes en atención a su oportunidad, el reconocimiento de la

<sup>29</sup> Cabe precisar que en relación a la multa del extremo del tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, la misma excede el rango de sanción para las infracciones leves, por lo que se ha reconducido al límite máximo para dicho tipo de sanciones (50 UIT).

<sup>30</sup> Modificado por Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL, vigente a partir del 29 de noviembre de 2021, mediante la cual se elimina el factor de implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora como atenuante de responsabilidad, quedando como factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa.





responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora. Dichos factores -según el mencionado artículo- se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en el TUO de la LPAG.

De acuerdo a ello, procederemos a analizar si se han configurado los factores atenuantes de responsabilidad establecidos por el artículo 18° del RGIS:

- Reconocimiento de responsabilidad: De los actuados en el presente PAS se advierte que TELEFÓNICA no ha reconocido su responsabilidad de forma expresa y por escrito en ninguna etapa del presente procedimiento respecto de las infracciones imputadas. En tal sentido, no corresponde la aplicación del referido atenuante.
- Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: De acuerdo al análisis efectuado previamente, y en línea con lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción, se verifica que no se ha configurado el cese de las conductas infractoras.
- Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: Al respecto, se advierte que TELEFÓNICA no ha cesado las conductas infractoras y, por ende, no es posible la reversión de los efectos generados por la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, teniendo en cuenta, además, conforme se indicó de manera previa, el perjuicio ocasionado a la función supervisora del OSIPTEL.
- Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora: Sobre el particular, TELEFÓNICA no ha alegado ni acreditado la implementación de medidas orientadas a asegurar la no repetición de los incumplimientos detectados.

### 3.3 Capacidad económica del sancionado

El artículo 25° de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, considerando que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2021, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por TELEFÓNICA en el año 2020.

Considerando los hechos acreditados en el presente PAS, así como, luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; y, en aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL y en aplicación del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones;

**SE RESUELVE:**





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

**Artículo 1°.- SANCIONAR** a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** con una **MULTA** de **50 UIT**, al haber incurrido en la comisión de 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 con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTTEL, por el incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9° de la referida norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

**Artículo 2°.- SANCIONAR** a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** con una **MULTA** de **50 UIT**<sup>31</sup>, al haber incurrido en la comisión de 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 con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTTEL, por el incumplimiento del artículo 120° de la referida norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

**Artículo 3°.-** Las multas que se cancelen íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, serán reducidas en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sean impugnadas, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL.

**Artículo 4°.-** Notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

**Artículo 5°.-** Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTTEL la publicación de la presente Resolución en la página web del OSIPTTEL ([www.osiptel.gob.pe](http://www.osiptel.gob.pe)), en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA  
GERENTE GENERAL



<sup>31</sup> Cabe indicar que habiéndose aplicado la reincidencia la multa es superior a la escala máxima de la multa por lo que se ha reconducido la multa para infracciones leves.