

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 485-2021- GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00011-2020-GG-DFI/PAS
FECHA	:	19 de setiembre de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	COORDINADOR LEGAL	JOHAN DANIEL ROSALES HEREDIA
REVISADO Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURIDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. OBJETO:

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 485-2021-GG/OSIPTEL mediante el cual se declaró infundado el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 379-2021-GG/OSIPTEL, sancionando a la empresa operadora con una multa de 308 UIT por la comisión de la infracción tipificada como muy grave en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias para la implementación del RENTESEG, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 0081-2017-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, Normas Complementarias del RENTESEG), dado que no cumplió con realizar la primera entrega de la información del Registro de Abonados conforme a lo establecido en el artículo 4 de la referida norma, al 18 de junio de 2019.

II. ANTECEDENTES:

- 2.1. Mediante carta C.006-DFI/2021, notificada el 21 de enero de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG, vinculado a la primera entrega de información de Registro de Abonados para la operación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad - RENTESEG, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos.
- 2.2. Con carta N° TDP-0302-SR-ADR-21, recibida el 4 de febrero de 2021, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de plazo de treinta (30) días hábiles para presentar descargos, la cual fue atendida por la DFI, mediante carta C. 338-DFI/2021 notificada el 10 de febrero de 2021, otorgándole a la empresa operadora el plazo solicitado.
- 2.3. Mediante carta N° TDP-0844-AR-ADR-21, recibida el 26 de marzo de 2021, TELEFÓNICA presentó sus descargos a la imputación de cargos y solicitó una audiencia de Informe Oral ante la DFI, siendo esto último denegado por dicha Dirección mediante carta N° 1194-DFI/2021 notificada el 9 de octubre de 2021.
- 2.4. Con carta N° 609-GG/2021, notificada el 24 de junio de 2021, la Gerencia General puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción N° 152-DFI/2021, a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
- 2.5. Mediante la carta N° TDP-2133-AR-ADR-21, recibida el 2 de julio del 2021, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de quince (15) días para presentar sus descargos al Informe Final de Instrucción, lo cual fue denegado por la Gerencia General mediante carta N° 644-GG/2021, notificada el 8 de julio de 2021.
- 2.6. Con carta N° TDP-2420-AR-ADR-21, recibida el 2 de agosto de 2021, TELEFÓNICA presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- 2.7. Mediante Resolución N° 379-2021-GG/OSIPTEL, notificada el 12 de setiembre de 2021, la Primera Instancia resolvió sancionar a TELEFÓNICA con una multa de 308 UIT por la comisión de la infracción tipificada como muy grave en la Segunda Disposición



Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG, dado que no cumplió con realizar la primera entrega de la información del Registro de Abonados conforme a lo establecido en el artículo 4 de la referida norma al 18 de junio de 2019.

- 2.8. Con carta N° TDP-3721-AR-ADR-21, recibida el 3 de noviembre de 2021, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución 379-2021-GG/OSIPTEL, solicitando informe oral, el cual fue denegado por la Gerencia General a través de la carta N° 0957-GG/2021 notificada el 2 de diciembre de 2021.
- 2.9. Mediante la Resolución N° 485-2021-GG/OSIPTEL, la Primera Instancia declaró infundado el Recurso de Reconsideración de TELEFÓNICA.
- 2.10. El 5 de enero del 2022, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 436-2021-GG/OSIPTEL, solicitando una audiencia de Informe Oral.
- 2.11. Posteriormente, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 065-2022-CD/OSIPTEL de fecha 5 de abril de 2022, recaída en el Expediente N° 001-2021-GG-DFI/PAS, dicho órgano colegiado señaló, en atención a la aplicación de la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL, aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL (Metodología de Cálculo de Multas – 2021); que atendiendo a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, esta podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto, lo cual implicaría un supuesto de aplicación de retroactividad en caso favorezca al infractor.
- 2.12. Teniendo en cuenta lo anterior, mediante Memorando N° 499-OAJ/2022 del 12 de mayo de 2022, la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC) que evalúe si, en efecto, la aplicación de Metodología de Cálculo de Multas – 2021 resulta más favorable; el cual fue atendido mediante el Memorando N° 446-DPRC/2022 de fecha 18 de agosto de 2022.
- 2.13. Mediante Memorando N° 524-DPRC/2022 del 16 de setiembre de 2022, la DPRC atendió la consulta formulada mediante el Memorando N° 499-OAJ/2022.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹ (en adelante RGIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General² (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:



¹ Debe indicarse que, el Consejo Directivo del OSIPTEL a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021- CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

² Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

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

- 4.1. Se habría vulnerado el Principio de Legalidad y Tipicidad, debido a que, se les estaría imputando la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG; cuando esta norma, ya ha sido derogada por la Resolución N° 007-2020-CD/OSIPTEL publicada el 20 de enero de 2020, por lo que la Administración, estaría imputando y sancionando conductas no previstas legalmente, siendo que en aplicación del Principio de Retroactividad Benigna correspondería archivar el presente PAS.
- 4.2. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, toda vez que el inicio del presente procedimiento sancionador no cumpliría con las tres dimensiones del test de razonabilidad y resulta contrario al enfoque preventivo del *enforcement* regulatorio adoptado por el OSIPTEL, al no aplicar otras figuras como podrían ser la implementación de monitoreo, mesas de trabajo e incluso medidas correctivas. Asimismo, señala que debe considerarse en este caso, su actitud colaborativa y compromiso para dar cumplimiento a las regulaciones impuestas; así como, que la probabilidad de detección de la infracción imputada es muy alta, y que existe un reducido e inexistente beneficio ilícito y/o perjuicio económico.
- 4.3. No existiría comprobación, documentos o datos certeros en torno a los supuestos costos evitados, beneficio ilícito y/o agravantes para la imposición de sanciones, lo que resultaría contrario al Principio de Razonabilidad y el Deber de Motivación.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

5.1. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Legalidad, Tipicidad y Retroactividad Benigna

TELEFÓNICA señala que se habría vulnerado el Principio de Legalidad y Tipicidad, debido a que se les estaría imputando la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG; cuando esta norma, ya ha sido derogada por la Resolución N° 007-2020-CD/OSIPTEL publicada el 20 de enero de 2020, por lo que la Administración, estaría imputando y sancionando conductas no previstas legalmente.

Sobre el particular, es preciso mencionar que en virtud al Principio de Irretroactividad, recogido en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción por parte de los administrados; sin embargo, dicho principio tiene como excepción a la retroactividad benigna³.

³ **“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones



La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se le aplica una norma que entró en vigencia después de que este se produjera; es decir, en el supuesto de que una norma posterior establezca de manera integral una consecuencia más beneficiosa en comparación con la norma que estuvo vigente cuando se cometió la infracción, debe aplicarse retroactivamente la nueva norma por ser más beneficiosa, pese a que ella no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito o al momento de su calificación por la autoridad administrativa.

Ahora bien, con relación a la aprobación de la Resolución N° 007-2020-CD/OSIPTEL, como ha señalado la Primera Instancia, contrario a lo señalado por TELEFÓNICA, si bien a través de esta se deroga y sustituye las Normas Complementarias del RENTESEG, ello se realizó –tal como se señala en la parte considerativa de dicha Resolución– a fin de incorporar los cambios normativos establecidos en el Decreto Supremo N° 007-2019-IN, que aprueba el nuevo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1338, a efectos de implementar procedimientos más eficientes que contribuyan a una adecuada implementación e interacción con el RENTESEG, encargándosele al OSIPTEL emitir las normas complementarias necesarias para su viabilidad; considerando principalmente que dicho Reglamento del Decreto Legislativo N° 1338 establece obligaciones adicionales para la implementación y operación de la Tercera Fase de dicho Registro⁴.

Ahora bien, como también ha señalado la Primera Instancia, de una evaluación integral de las obligaciones dispuestas por la Resolución N° 007-2020-CD/OSIPTEL, se colige que dicha norma no pretende restar valor a la obligación prevista en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias, más aún cuando esta última norma tenía como finalidad regular una situación temporal y única, relacionada con la entrega a cargo de los concesionarios móviles de información histórica relevante para el RENTESEG, correspondiente la primera entrega del Registro de Abonados a una determinada fecha.

En efecto, dicho Registro de Abonados Histórico debía contener todas las líneas de los servicios públicos móviles que presentaron actividad durante medio año hacia atrás, es decir, de diciembre de 2018 a junio de 2019; siendo que dicha información –dentro del cronograma correspondiente a la Primera Fase del Registro– y en el marco de lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas

sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

(...)"

⁴ Las Normas Complementarias del RENTESEG establecieron un Cronograma para el inicio de operaciones del RENTESEG según las siguientes fases:

- PRIMERA FASE: Implementación de los siguientes archivos por parte de los concesionarios móviles: - Registro de Abonados.
 - Equipos terminales móviles sustraídos, perdidos y recuperados de Perú.
 - Equipos terminales móviles devueltos por los abonados o usuarios
- SEGUNDA FASE: Entrega y/o recojo del OSIPTEL o la entidad que éste designe, según corresponda, de los archivos implementados en la Primera Fase, por parte de los concesionarios móviles.
- TERCERA FASE: Obligaciones distintas a las que corresponden a la Primera y Segunda Fases



Complementarias del RENTESEG debió ser incorporada válidamente al Registro de Abonados del RENTESEG, como parte de la Lista Blanca.

En atención a ello, habiéndose regulado en las Normas Complementarias la obligación correspondiente a la primera entrega del Registro de Abonados (Registro de Abonados Histórico), y en la medida que la misma debía haber sido cumplida por los concesionarios móviles, no tendría sentido volver a establecer dicha obligación en la Resolución N° 007-2020-CD/OSIPTEL; lo cual no significa que tal información no resultara necesaria; puesto que no debe perderse de vista que exigir la integridad de la información dispuesta para el RENTESEG, y sancionar su incumplimiento, permite que dicho Registro se constituya en una fuente confiable de consultas, a efectos de cumplir con la función de garantizar la seguridad ciudadana, contra la criminalidad asociada a la sustracción y comercio ilegal de equipos terminales móviles.

Con lo cual, no podría concluirse que los hechos imputados no resultan imprescindibles, menos aún que han sufrido de un desvalor a partir de la Resolución N° 007-2020-CD/OSIPTEL que sustituye las Normas Complementarias y con ello que resulte de aplicación la Retroactividad Benigna. Sobre este punto, resulta relevante considerar la Casación N° 16570-2013-LIMA⁵—que cita el criterio vinculante contenido en la Casación N° 3988-2011-LIMA— en que señala que *“la aplicación de la retroactividad benigna en materia administrativa presupone la existencia de dos juicios disímiles por parte del legislador sobre un mismo supuesto de hecho conductual (un cambio de valoración sobre la conducta infractora): uno anterior, más severo, y otro, posterior, más tolerante; por tanto, los casos en los que la desaparición de la norma sancionadora no responda a una nueva valoración del legislador sobre la conducta infractora, sino a la imposibilidad de que ésta se vuelva a presentar en el futuro, no pueden verse beneficiadas por la retroactividad benigna”*.

En ese sentido, como puede advertirse del criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el solo hecho que la norma que tipificaba la infracción administrativa haya sido derogada no conlleva *per se* la aplicación de la retroactividad benigna, sino que se requiere que la conducta deje de ser considerada reprochable o sea valorada más tolerantemente por el legislador; situación que, como se ha mencionado, no se aprecia en el presente caso.

En ese sentido, no se ha vulnerado el Principio de Legalidad, Tipicidad ni Retroactividad Benigna, al sancionar a TELEFÓNICA sobre la base de lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG, por lo que corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

5.2. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

TELEFÓNICA refiere que se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, toda vez que el inicio del presente procedimiento sancionador no cumpliría con las tres dimensiones del test de razonabilidad y resulta contrario al enfoque preventivo del *enforcement* regulatorio adoptado por el OSIPTEL, al no aplicar otras figuras como podrían ser la implementación de monitoreo, mesas de trabajo e incluso medidas correctivas. Asimismo, señala que debe considerarse en este caso, su actitud



⁵ De fecha emitida por la Sala Constitucional y Social Permanente, de la Corte Suprema de Justicia el 06 de noviembre de 2014

colaborativa y compromiso para dar cumplimiento a las regulaciones impuestas; así como, que la probabilidad de detección de la infracción imputada es muy alta, y que existe un reducido e inexistente beneficio ilícito y/o perjuicio económico.

Sobre el particular, debe indicarse que la Primera Instancia, contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA, ha evaluado adecuadamente la aplicación del Principio de Razonabilidad en sus tres dimensiones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, habiendo determinado que el inicio del presente PAS resultaba ser la medida más idónea, frente a los incumplimientos detectados; debiendo considerarse que, en un PAS, se adoptará la medida administrativa que resulte proporcional a los fines que se pretende alcanzar a fin que la empresa operadora ajuste su conducta al cumplimiento del marco normativo.

Cabe señalar que el Reglamento General de Fiscalización⁶, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL, regula la figura de la “Comunicación Preventiva”⁷, como aquella que comunica el resultado del monitoreo respecto de una obligación, con la finalidad que la empresa operadora adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados.

De acuerdo a ello, tenemos que si bien el enfoque de prevención se ve materializado en la realización de monitoreos a través de los cuales se busca tomar conocimiento del comportamiento de las empresas operadoras y, de ser el caso, prevenir la comisión de futuras infracciones; tal situación no se ha dado en el presente caso, resultando inaplicable la Comunicación Preventiva, pues los hechos que dieron inicio al presente PAS fueron analizados en el marco de una supervisión iniciada en el año 2019.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de una “Medida de advertencia”, conforme señala la DFI en su Informe Final de Instrucción, a los hechos materia de análisis no les resulta aplicable ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 30⁸ del Reglamento General de Fiscalización.

⁶ Debe indicarse que, el Consejo Directivo del OSIPTEL a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021- CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Fiscalización.

⁷ “**Artículo 7.- Comunicación Preventiva**

La Gerencia de Fiscalización y Supervisión podrá comunicar a la entidad supervisada el resultado del monitoreo respecto de una determinada obligación, con la finalidad que ésta adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados.

(Subrayado agregado)”

⁸ “**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.*



De otro lado, respecto de la imposición de una Medida Correctiva, cabe indicar que la elección de dicha medida 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; optándose por la medida administrativa que resulte proporcional a los fines que se pretende alcanzar a fin que la empresa operadora ajuste su conducta al cumplimiento del marco normativo. En consecuencia, el que se haya optado en otros casos no relacionados con la imputación del presente PAS por la imposición de una Medida Correctiva, no implica necesariamente que en el presente caso también deba optarse por dicha medida.

En efecto, la Primera Instancia evaluó, sobre la base de la normativa aplicable, que aun cuando en el presente caso, la probabilidad de detección de la infracción es muy alta, no correspondía la imposición de una Medida Correctiva, considerando el beneficio ilícito obtenido (asociado, al tamaño de la empresa operadora que comete la infracción⁹), con lo cual, no se podía obtener como resultado una sanción de cuantía considerablemente baja o nula.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el objetivo y finalidad de la intervención del ente regulador en el presente caso está representado por la relevancia de cautelar los bienes jurídicos e intereses protegidos por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG, la cual establece de manera clara, la obligación de las empresas operadoras de cumplir con entregar su Registro de Abonados Histórico acorde con lo previsto en el artículo 4, teniendo como finalidad principal la recepción de la entrega de información del Registro de Abonados para una posterior operación del RENTESEG.

En efecto, la importancia del referido registro a cargo del OSIPTEL, integrado por la Lista Blanca, de la cual forma parte el Registro de Abonados, incluyendo el Registro Histórico dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria; la Lista Negra y otra información conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1338, su Reglamento u otra que dicho Organismo determine, es que el RENTESEG se constituya en una fuente confiable de consultas para el Estado, las empresas operadoras, comercializadores, importadores y exportadores de equipos móviles, e inclusive los abonados y usuarios.

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.

(...)"

⁹ Telefónica del Perú S.A.A. posee un ingreso que supera las 1 700 UIT (Empresa de Tipo C).



De otro lado, si bien TELEFÓNICA señala que ha demostrado en todo momento el compromiso para dar cumplimiento a las regulaciones impuestas y que ha venido trabajando en la optimización de los procesos para el tratamiento de la información remitida en cumplimiento de las Normas Complementarias, conforme ha señalado la Primera Instancia, sobre la base del análisis de la DFI desarrollado en el punto 4.3.1 del Informe de Supervisión, dicha empresa operadora mantendría pendiente por “subsananar” la totalidad de registros rechazados, es decir doscientos cincuenta y tres mil quinientos ocho (253 508) registros.

En virtud a lo antes expuesto, no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, por lo que corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

5.3. Con relación al cálculo de la multa

TEEFÓNICA refiere que no existiría comprobación, documentos o datos certeros en torno a los supuestos costos evitados, beneficio ilícito y/o agravantes para la imposición de sanciones, lo que resultaría contrario al Principio de Razonabilidad y el Deber de Motivación.

Con relación a ello, debe indicarse que toda sanción no es resultado de un único criterio, por lo que, el que no existan circunstancias agravantes, reincidencia y/o intencionalidad no podría determinar de forma individual la cuantía de una sanción administrativa.

Adicionalmente, debe indicarse que –en general– la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y circunstancias en los que se observó el incumplimiento; siendo que, aquellos criterios para los que no se cuente con evidencia cuantificable, no fueron considerados en la determinación de la multa.

Sin embargo, contrario a lo señalado por TELEFÓNICA, respecto al cálculo del beneficio ilícito, en el presente caso, se ha tomado en cuenta los criterios contemplados en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL¹⁰ (Guía de Multas – 2019), siendo que la multa base ha tomado en cuenta el tamaño de la empresa operadora que comete la infracción y el valor esperado de la multa evitable asociada a la naturaleza de la información requerida; siendo que en relación a este último criterio, la norma incumplida tenía su propia calificación de gravedad (muy grave) y, por tanto, su propio valor esperado de multa evitable.

Así, se advierte que la Primera Instancia ha desarrollado cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG y en el RGIS. Por tanto, que la empresa no esté de acuerdo con dicha evaluación no implica algún defecto en su motivación, por lo que debe desestimarse dicho argumento.

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta que, en el presente PAS, la multa impuesta a través de la Resolución N° 379-2021-GG/OSIPTEL fue calculada considerando los criterios contenidos en la Guía de Multas - 2019, corresponde evaluar si la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 (vigente desde el 1 de enero de 2022) podría fijar una cuantía menor en la multa calculada bajo la metodología anterior.



¹⁰ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019

Bajo tales consideraciones, se solicitó que la DPRC evalúe las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas - 2021; en ese sentido, a través del Memorando N° 524-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación, la cual se detalla en el Anexo.

Ahora bien, de acuerdo a ello, para determinar el valor de la multa que corresponde aplicar en el presente caso, se emplea una adaptación de la metodología establecida en la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 aplicable a las infracciones relacionadas con la entrega de información al OSIPTEL, considerando la semejanza observada entre la infracción cometida por la empresa y las conductas descritas en la referida metodología. De acuerdo con esta metodología, el beneficio ilícito obtenido por la empresa se aproxima mediante el valor promedio histórico de la multa que hubiera recibido como resultado de la verificación del incumplimiento de infracciones en las que la relevancia de la información es alta.

A continuación, el valor estimado del beneficio ilícito es evaluado a valor presente considerando el factor de actualización establecido en la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 para infracciones en las que la relevancia de la información es alta. Este resultado es ponderado por una ratio que considera la probabilidad de detección muy alta, según lo establecido en la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 para las infracciones relacionadas con la entrega de información.

En ese sentido, considerando los nuevos valores establecidos en la Metodología del Cálculo de Multas, la cuantía de la multa impuesta, implica una reducción respecto a la cuantía de la multa impuesta a través de la Resolución N° 379-2021-GG/OSIPTEL.

En atención a ello, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponde imponer el monto de la multa resultante de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 (253,6 UIT).

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

VI. SOBRE LA SOLICITUD DE INFORME ORAL

Respecto a la solicitud de informe oral ante el Consejo Directivo, formulada por la empresa operadora, corresponde señalar que, en virtud del Principio del Debido Procedimiento, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, como –entre otros- el derecho a solicitar el uso de la palabra (o informe oral). Sin embargo, es importante resaltar que dicha norma no establece que debe otorgarse el uso de la palabra cada vez que se solicita; razón por la cual, es factible que cada órgano de la Administración decida si se otorga o no, aunque de forma motivada.

En la misma línea opina Morón tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional¹¹ concluyendo que el derecho a exponer alegatos oralmente no es absoluto, sino que la

¹¹ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA



autoridad puede decidir denegar dicho derecho cuando existan razones objetivas y debidamente motivadas¹².

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo¹³, bajo el siguiente fundamento:

“En el caso de autos se aduce una presunta afectación al derecho de defensa, sustentada en que supuestamente la Sala Superior emplazada habría resuelto el recurso sin dar oportunidad de que se lleve a cabo el informe oral del actor. El Tribunal en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio al derecho de defensa la imposibilidad del informe oral. Que en el caso de autos el mismo escrito de apelación de la resolución que denegó la variación del mandato de detención expresaba los argumentos que sustentan su pretensión, por lo que no se advierte la afectación al derecho constitucional invocado.”

(Subrayado agregado)

Un procedimiento administrativo sancionador, es eminentemente escrito. Por tal motivo, todo administrado, en el transcurso de dicho procedimiento, tiene expedita la oportunidad de presentar descargos, recursos y alegatos por dicho medio; al tratarse de un derecho expresamente reconocido en el TUO de la LPAG.

En esa misma línea, el numeral (v) del artículo 22 del RGIS¹⁴ establece que los Órganos de Resolución pueden conceder informe oral al administrado que lo solicite; salvo que consideren que cuentan con elementos suficientes para pronunciarse sobre la base de la información que obra en el respectivo expediente.

Considerando lo señalado, la decisión de denegar el informe oral solicitado por el administrado, debe ser analizada caso por caso; en función de las particularidades del expediente, los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación, la necesidad del informe oral para resolver, entre otros criterios.

Ahora bien, en el presente caso, se advierte que los argumentos planteados por TELEFÓNICA en su impugnación, así como el resto de actuados del expediente del PAS, constituyen elementos de juicio suficientes para que el Consejo Directivo resuelva el Recurso de Apelación; es decir, dicha documentación genera la convicción necesaria para pronunciarse sobre el mismo.

Por lo expuesto, esta Oficina considera que no corresponde otorgar el informe oral solicitado por TELEFÓNICA.

VII. PUBLICACIÓN DE SANCIÓN

De conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de



¹² Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

¹³ Cfr. Expediente N° 00137- 2011-HC/TC. Dicho criterio se reitera en otros casos, como los Expedientes N° 01307-2012-PHC/TC, STC N.° 05510-2011-PHC/TC, N° 00137- 2011-HC/TC.

¹⁴ Disposición incluida mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.

infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Al ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA con una multa por la comisión de la infracción muy grave tipificada en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG, corresponde la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VIII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, contra la Resolución N° 485-2021-GG/OSIPTEL y, en consecuencia, (i) CONFIRMAR la responsabilidad por el incumplimiento de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias para la implementación del RENTESEG, y (ii) MODIFICAR la multa de 308 UIT a 253,6 UIT.

Atentamente,

