

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° 100-2022-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00053-2021-GG-DFI/PAS
FECHA	:	19 de setiembre de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO COORDINADOR	ROCÍO ANDREA OBREGÓN ANGELES
REVISADO Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	L.ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 100-2022-GG/OSIPTEL, que sancionó con una multa de 113,2 UIT, al haber incumplido lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de las Normas Complementarias para la Implementación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad (Normas del RENTESEG), aprobado por Resolución N° 081-2017-CD/OSIPTEL.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. A través de la carta N° 1363-DFI/2021 notificada el 8 de julio de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador por presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada en el ítem 1 del Anexo N° 1 “*Régimen de Infracciones y Sanciones*” de las Normas Complementarias del RENTESEG, al presuntamente haber incumplido lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la norma referida.
- 2.2. El 27 de septiembre de 2021, luego del plazo de ampliación concedido, TELEFÓNICA presentó sus descargos a través de la carta N° TDP-3182-AR-ADR-21.
- 2.3. Posteriormente, el 10 de enero de 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 001-DFI/2022, mediante el cual analiza los descargos presentados por TELEFÓNICA.
- 2.4. Mediante la carta N° 040-GG/2022 de fecha 12 de enero de 2022, la Gerencia General remitió a TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción, otorgándole cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
- 2.5. El 3 de febrero de 2022, a través de la carta N° TDP-0455-AR-ADR-22, TELEFÓNICA presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- 2.6. A través de la Resolución N° 100-2022-GG/OSIPTEL de fecha 29 de marzo de 2022, la Primera Instancia resolvió sancionar a TELEFÓNICA conforme al siguiente detalle:

“SE RESUELVE:
(...)

Artículo 2°.- SANCIONAR a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** con una multa de 113,2 UIT, por la comisión de la infracción GRAVE tipificada en el ítem 1 del Anexo N° 1 “*Régimen de Infracciones y Sanciones*” de las Normas Complementarias para la Implementación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 081-2017-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, al haber incumplido lo dispuesto en los artículos 4 -respecto de dos millones novecientos ochenta y cinco mil novecientos sesenta y nueve (2 985 969) registros que presentaron error en su estructura- y 5 -respecto de cuatro (4)60 Registros de Abonados de Actualizaciones Diarias que no fueron entregados en el horario establecido, trescientos diecisiete mil novecientos veintiséis (317 926) registros no fueron actualizados en el Registro de Abonados de Actualizaciones Diarias y cuatrocientos cuarenta y ocho mil doscientos sesenta y siete



(448 267) registros que fueron actualizados en el Registro de Abonados de Actualizaciones Diarias fuera del plazo establecido- de la referida norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”

- 2.7. El 20 de abril de 2022, a través de la carta N° TDP-1709-AR-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 100-2022-GG/OSIPTEL.
- 2.8. Mediante Resolución N° 124-2022-GG/OSIPTEL de fecha 25 de abril de 2022, la Primera Instancia encauzó el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA a través de la carta N° TDP-1709-AR-ADR-22 de fecha 20 de abril de 2022, como un Recurso de Apelación, toda vez que los argumentos formulados por la empresa operadora constituyen una materia de puro de derecho que no corresponde ser analizada en el marco de un Recurso de Reconsideración.
- 2.9. Asimismo, a través del Memorando N° 196-GG/2022 de fecha 9 de mayo de 2022, la Primera Instancia elevó a la Secretaría del Consejo Directivo el Recurso interpuesto por TELEFÓNICA, a fin de que se le otorgue el trámite de Recurso de Apelación y sea puesto de conocimiento ante el Consejo Directivo del OSIPTEL, en su calidad de Segunda Instancia Administrativa.
- 2.10. El 16 de mayo de 2022, mediante carta N° TDP-2055-AR-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 124-2022-GG/OSIPTEL.
- 2.11. Con Memorando N° 502-OAJ/2022 de fecha 12 de mayo de 2022, la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (DPRC) precise si, en efecto, la aplicación de la Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL (Metodología del Cálculo de Multa) resulta más favorables; el cual fue atendido mediante el Memorando N° 460-DPRC/2022 de fecha 25 de agosto de 2022.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹ (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

TELEFÓNICA sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1. Supuesta vulneración al Principio de Tipicidad en tanto, el incumplimiento a la obligación objeto de imputación no formaría parte de nuestro ordenamiento, al haber sido derogado de manera íntegra.

¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS



- 4.2. La sanción impuesta no se corresponde con las reglas y principios para la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones administrativas en el ejercicio del ius puniendi estatal, ni los propios antecedentes emitidos por el OSIPTEL.
- 4.3. El inicio del presente procedimiento sancionador no cumpliría con las tres dimensiones del test de razonabilidad y es contrario al enfoque preventivo del enforcement regulatorio adoptado por el OSIPTEL.
- 4.4. Las multas impuestas resultan contrarias al Principio de Razonabilidad y al Deber de Motivación, toda vez que, a su entender, no se habría comprobado ni existirían documentos o datos certeros en torno a los supuestos costos evitados, beneficio ilícito y/o agravantes para la imposición de sanciones.
- 4.5. Correspondería revocar el encauzamiento de su Recurso de Reconsideración, en tanto considera que en otros procedimientos se ha analizado pruebas cuestiones de "puro derecho" como nueva prueba.
- 4.6. Las Resoluciones presentadas como medios probatorios presentados tenían como finalidad evidenciar el supuesto alejamiento inmotivado de los antecedentes emitidos por la propia entidad, en virtud de los Principios de Predictibilidad y Confianza Legítima.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:

5.1. Sobre el incumplimiento de los artículos 4 y 5 de las Normas del RENTESEG

5.1.1. Supuesta vulneración los Principio de Tipicidad y Legalidad

TELEFÓNICA considera que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad en tanto, el incumplimiento a la obligación objeto de imputación no formaría parte de nuestro ordenamiento, al haber sido derogado de manera íntegra por la Resolución N° 070-2020-CD/OSIPTEL.

Bajo esa premisa, TELEFÓNICA señala que se habría vulnerado los principios de Legalidad y Tipicidad reconocidas en nuestra Constitución Política y desarrollado en los incisos 1 y 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Asimismo, TELEFÓNICA precisa que la obligación por la que se le habría sancionado, fue eliminada con la aprobación de la Resolución N° 119-2019-CD/OSIPTEL, por medio de la cual el Consejo Directivo aprobó el régimen sancionador que reemplazaría el de la Resolución N° 081-2017-CD/OSIPTEL, en el que tampoco se incluye disposición alguna que busque otorgar ultractividad a la obligación imputada.

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 benigna².

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 Registro³.

Ahora bien, como también ha señalado la Primera Instancia, las Nuevas Normas Complementarias del RENTESEG en su Sexta Disposición Complementaria Transitoria estableció la vigencia ultractiva de distintos artículos con su respectivo régimen sancionador, entre ellos los artículos cuyo incumplimiento han sido imputados en este PAS -4 y 5 de las derogadas Normas Complementarias del RENTESEG-; sin embargo, dicha vigencia se encontraba condicionada a la implementación de la Tercera Fase del RENTESEG, tal como se ve a continuación:

² **“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

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

(...)”

³ 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



“Disposiciones Complementarias Transitorias**(...)**

Sexta. - Vigencia de las disposiciones relativas a la Segunda Fase del RENTESEG En tanto se implemente la Tercera fase del RENTESEG se mantiene vigente lo dispuesto en los artículos 4, 5, 17, 18, 19, 20, 32 literales (i) y (ii), 47 literales (i) y (ii), 49 y 50 de las Normas Complementarias, aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 081-2017-CD y sus modificatorias, así como su respectivo régimen sancionador. (...)”

(Subrayado agregado)

En efecto, si bien la Fase mencionada en el párrafo precedente debió iniciar el 21 de julio de 2021 considerando el plazo previsto en la Primera Disposición Complementaria Final de las Nuevas Normas Complementarias del RENTESEG, este plazo fue ampliado en nueve (9) meses adicionales, contados a partir del 22 de julio de 2022, de acuerdo al artículo 1 de la Resolución N° 107-2022-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 6 de julio de 2022, con el cual se tiene que la Tercera Fase del RENTESEG deberá implementarse el 22 de abril de 2023, fecha hasta la cual se encontrará vigente los artículos 4 y 5 de las ya derogadas Normas Complementarias del RENTESEG.

En esa misma línea, los incumplimientos de los artículos 4 y 5 se encontraban tipificados como infracción administrativa en el ítem 1 del Anexo N° 1 “Régimen de Infracciones y Sanciones” de las Normas Complementarias del RENTESEG, situación que no ha variado a la fecha a pesar de la emisión de la Resolución N° 007-2020-CD/OSIPTEL, a través de la cual se aprobaron las Nuevas Normas Complementarias del RENTESEG.

Asimismo, se debe resaltar que el incumplimiento imputado está referido a únicamente a los artículos 4 y 5 de las Normas Complementarias del RENTESEG, por lo que se tiene que la conducta imputada a TELEFÓNICA cumple con el Principio de Tipicidad, toda vez que esta se encontraba prevista como infracción administrativa al momento en que se cometieron los hechos, situación que a la fecha no ha variado.

En tal sentido, se tiene que la imputación realizada a TELEFÓNICA no ha vulnerado los Principios de Legalidad, y Tipicidad en la medida que se refiere al incumplimiento de artículos que se encuentran vigentes -conjuntamente con su Régimen Sancionador- en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que aún se trata de un incumplimiento que está calificado como una infracción pasible de ser sancionada.

5.1.2. Cumplimiento de las dimensiones del test de razonabilidad y la supuesta vulneración al deber de motivación

TELEFÓNICA sostiene que la sanción impuesta no se corresponde con las reglas y principios para la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones administrativas en el ejercicio del ius puniendi estatal, ni los propios antecedentes emitidos por el OSIPTEL.

Asimismo, refiere que el inicio del presente procedimiento sancionador no cumpliría con las tres dimensiones del test de razonabilidad y es contrario al enfoque preventivo del enforcement regulatorio adoptado por el OSIPTEL.



Bajo lo señalado, TELEFÓNICA concluye que, las multas impuestas resultan contrarias al Principio de Razonabilidad y al Deber de Motivación, toda vez que, a su entender, no se habría comprobado ni existirían documentos o datos certeros en torno a los supuestos costos evitados, beneficio ilícito y/o agravantes para la imposición de sanciones.

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 Fiscalización⁴, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL, regula la figura de la “Comunicación Preventiva”⁵, 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 30⁶ del Reglamento General de Fiscalización.

⁴ 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.

⁵ **"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)"

⁶ **"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



De otro lado, respecto de la imposición de una Medida Correctiva, a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA respecto a lo señalado en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL, 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 infracción⁷), 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 garantizar que la información presentada por las empresas operadoras al Registro de Abonados se realice en la forma y plazo previstos en las Normas Complementarias del RENTESEG, para que dicho Registro pueda constituirse en un medio confiable de información para los distintos agentes públicos y privados.

En efecto, el cumplimiento de dicho registro tiene como finalidad que el Registro de Abonados -a cargo del OSIPTEL- de periodicidad diaria, el cual se encuentra integrado por la Lista Blanca, la Lista Negra y otra información -conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1338 y su Reglamento- 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; con lo cual, resulta esencial que las empresas operadoras entreguen la información correspondiente al Registro mencionado en la forma y plazo establecidos en los artículos 4 y 5 de las Normas Complementarias del RENTESEG.

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 Informe de Supervisión, dicha empresa operadora mantendría pendiente por remitir y subsanar registros, tal como se indica a continuación:

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.

(...)"

⁷ Telefónica del Perú S.A.A. posee un ingreso que supera las 1 700 UIT (Empresa de Tipo C).



“Por lo tanto, considerando que en este caso el incumplimiento de los artículos 4 y 5 de las Normas Complementarias del RENTESEG se encuentra constituido por la no entrega del Registro de Abonados de Actualizaciones Diarias en la forma prevista en el artículo 4 antes mencionado, en la medida que dos millones novecientos ochenta y cinco mil novecientos sesenta y nueve (2 985 969) registros presentaron error en su estructura, así como por la remisión extemporánea de cuatro (4)⁵⁴ archivos del Registro de Abonados, la no actualización de doscientos trece (213) registros de “Titularidad Cuestionada” en el campo “Nombres del Abonado”, ciento treinta y ocho mil seiscientos setenta y siete (138 677) registros de baja, cuarenta y cuatro mil ciento ochenta y dos (44 182) registros de altas y ciento treinta y cuatro mil ochocientos cincuenta y cuatro (134 854) registros de suspensiones en el campo “Estado del Servicio”, así como la actualización extemporánea de ciento cuarenta y tres mil seiscientos sesenta y seis (143 666) registros de baja, doscientos cuarenta y ocho mil trescientos cincuenta y siete (248 357) registros de alta y cincuenta y seis mil doscientos cuarenta y cuatro (56 244) registros de suspensiones, respectivamente -y no únicamente por información remitida de forma extemporánea, tal como indicó TELEFÓNICA- el cese debió de haberse producido en la totalidad de los casos mencionados, situación que no ha ocurrido en este PAS, toda vez que la empresa operadora no ha remitido información destinada a acreditar lo mencionado”.

Teniendo en cuenta se advierte que el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan que el inicio del mismo se ajusta a una medida idónea, necesaria y proporcional.

Asimismo, se advierte que la Primera Instancia ha motivado adecuadamente cada uno de los criterios de graduación de la sanción; por lo que el hecho de que TELEFÓNICA discrepe del referido análisis no significa que se haya vulnerado el deber de motivación.

Por otra parte, a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA, en el presente caso, la Primera Instancia ha valorado también las circunstancias de la comisión de la infracción, así como la relevancia del bien jurídico protegido, en línea con lo señalado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2613-2019.

Complementariamente, sobre el cuestionamiento de no contar con la información de la metodología empleada para el cálculo de la multa, debe precisarse que la multa impuesta a través de la Resolución N° 100-2022-GG/OSIPTEL fue calculada considerando los criterios contenidos en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL⁸ (Guía de Multas – 2019), la cual es pública y de conocimiento de TELEFÓNICA.

Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos formulados por TELEFÓNICA.

5.1.3. Evaluación del Principio de Retroactividad Benigna

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

⁸ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019



Así, conforme al Principio de Retroactividad Benigna⁹ resulta viable aplicar disposiciones sancionadoras posteriores que resulten más favorables al administrado. En tal sentido, la norma también señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo siempre que favorezcan al presunto infractor o al infractor, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición, en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción; (ii) los plazos de prescripción; y, (iii) la sanción en sí.

Ahora bien, acorde a lo señalado por el Consejo Directivo en la Resolución N° 065-2022-CD/OSIPTEL, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología del Cálculo de Multas sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología del Cálculo de Multas; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna, tal como se indica a continuación:

“Sobre la base de lo expuesto, del análisis de favorabilidad entre la Metodología de Multas-2021 y la Guía de Multas-2019, se advierte lo siguiente:

- a) *La Guía de Multas – 2019 aplica a las infracciones cometidas hasta el 31 de diciembre de 2021, y contempla:*
 - (i) *Fórmulas específicas para 15 conductas; y,*
 - (ii) *Fórmula general.*

- b) *La Metodología de Cálculo de Multas – 2021, aplica a las infracciones cometidas a partir del 1 de enero de 2022, y contempla:*
 - (i) *Fórmulas y parámetros específicos (22 conductas analizadas individualmente y 3 grupos que compilan 15 conductas infractoras evaluadas de manera conjunta);*
 - (ii) *Multas con montos fijos (4 conductas); y,*
 - (iii) *Fórmula General.*

Siendo ello así, la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas-2021, respecto a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto.

En ese sentido, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas – 2021 sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas- 2021; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna.

Bajo tales consideraciones, este Colegiado sostiene que la variación en la sanción se encuentra dentro de los supuestos de aplicación de retroactividad en caso

⁹ Al respecto, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG prevé lo siguiente:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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



favorezca al infractor; y, en tal sentido, corresponderá analizar en cada caso en particular si la Metodología de Cálculo de Multas vigente resulta más favorable respecto al cálculo de la multa a ser impuesta”.

Teniendo en cuenta ello, en el presente procedimiento, en tanto la multa impuesta a través de la Resolución N° 100-2022-GG/OSIPTEL fue calculada considerando los criterios contenidos en la Guía de Multas - 2019, corresponde evaluar si la Metodología del Cálculo de Multas podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior.

Bajo tales consideraciones, se solicitó a la DPRC que evalúe la multa impuesta bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas; en ese sentido, a través del Memorando N° 460-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación.

Conforme al análisis realizado por la DPRC, la Metodología de Cálculo de Multas se basa en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener la empresa operadora como consecuencia de la comisión de dicha infracción. En particular, este beneficio se aproxima mediante el valor de la multa que un agente infractor podría evitar por la verificación de las obligaciones que se encuentren asociadas directamente a la información requerida.

Para tal efecto, se ha considerado la Tabla de Graduación de Infracciones establecida en la Metodología de Cálculo de Multas, teniendo en cuenta que: (i) el incumplimiento de la obligación tiene un grado de afectación medio y (ii) la Empresa obtuvo una facturación mayor a 1 700 UIT durante el ejercicio anterior al acto de supervisión.

Luego, el valor estimado del beneficio ilícito es llevado a valor presente y ponderado por un ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora. En el presente caso, según la Metodología de Cálculo de Multas, la probabilidad de detección es muy alta debido a que se trata de información que debe ser remitida al OSIPTEL por las empresas operadoras en el marco de sus obligaciones. Asimismo, se ha considerado que el OSIPTEL puede –directa e indubitablemente– verificar la configuración de la infracción debido a que la supervisión comprende la revisión del 100% del universo a supervisar y la disponibilidad de información es completa.

Teniendo en cuenta ello, para este caso en particular, en la evaluación realizada por la DPRC se concluye que la cuantía calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas es mayor a que la obtenida bajo la Guía de Multas – 2019, conforme se detalla a continuación:

Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019)	Monto de la Multa calculado con la metodología de Multas (2021)
113,2 UIT	130 UIT

FUENTE: Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia

Considerando el referido análisis, advertimos que la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas no es más favorable; por lo que no aplica el nuevo valor establecido en la Metodología del Cálculo de Multas.



5.2. Sobre el encauzamiento de la carta N° TDP-1709-AR-ADR-22

TELEFÓNICA sostiene que correspondería revocar el encauzamiento de su Recurso de Reconsideración, en tanto considera que en otros procedimientos se ha analizado pruebas cuestiones de "puro derecho" como nueva prueba.

Agrega que, las Resoluciones presentadas como medios probatorios presentados tenían como finalidad evidenciar el supuesto alejamiento inmotivado de los antecedentes emitidos por la propia entidad, en virtud de los Principios de Predictibilidad y Confianza Legítima.

Finalmente, señala que en el supuesto que los medios probatorios estuvieran referidos a cuestiones de mero Derecho, la Primera Instancia debió pronunciarse sobre la solicitud de nulidad planteada.

Sobre el particular, los artículos 120 y 217 del TUO de la LPAG establecen que, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos, es decir el recurso de reconsideración y el de apelación.

Ahora bien, conforme establece el artículo 219 del TUO de la LPAG, el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y debe sustentarse en nueva prueba, salvo actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia. Además, es importante indicar que este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación. Mientras que el recurso de apelación, conforme establece el artículo 220, se sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestionamientos de puro derecho, y quien resuelve es el superior jerárquico.

Además, es importante señalar que el recurso de reconsideración tiene como finalidad que la misma autoridad que resolvió el procedimiento evalúe la nueva prueba aportada por el administrado y, sobre la base de dicho análisis, pueda modificar su pronunciamiento, de ser el caso. Sin embargo, la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración debe ser entendida como la presentación de un nuevo medio probatorio que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos controvertidos, toda vez que solo así se justificaría que la misma autoridad administrativa tenga que revisar su propio análisis.

Precisamente, en esa línea, la doctrina¹⁰ señala que: *"... no cabe la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión con solo pedírsele, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso en concreto y ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello, perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan solo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite reconsideración"*.

¹⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.



Por su parte, respecto a la naturaleza de la nueva prueba que debe ser presentada como requisito en el recurso de reconsideración, el Poder Judicial¹¹ ha señalado lo siguiente: *“la nueva prueba debe servir para demostrar algún nuevo hecho o circunstancia, idea que es perfectamente aplicable a la finalidad del recurso de reconsideración, la cual es controlar las decisiones de la administración en términos de verdad material y ante la posibilidad de la generación de nuevos hechos”*.

En efecto, conforme a lo indicado, el recurso de reconsideración está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente; y por tanto, no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan cuestionar argumentos sobre los hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la autoridad, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento¹².

De lo expuesto, se concluye que la nueva prueba que es requisito para la interposición de un recurso de reconsideración, en ningún caso, incluye resoluciones, sentencias, pronunciamientos, entre otros, que solo aporten argumentos jurídicos analizados anteriormente o argumentos de derecho que no estén referidos al caso en particular, y tal como se ha señalado, un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un recurso de apelación.

Bajo esas consideraciones, en este caso en particular, se advierte que en el escrito de fecha 20 de abril de 2022 presentado por TELEFÓNICA como recurso de reconsideración contra la Resolución N° 100-2022-GG/OSIPTEL, la empresa argumenta lo siguiente:

- (i) Se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, toda vez que se le imputa la transgresión a una norma que no forma parte del ordenamiento jurídico al haber sido derogada.
- (ii) Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, debido a que el inicio del PAS no cumple con las dimensiones del Test de Razonabilidad y, además, porque se le ha impuesto una multa sin evaluar opciones menos gravosas.
- (iii) No se habría motivado debidamente la forma en que se realizó el cálculo de la multa impuesta.

¹¹ RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 000438-2021-GG-PJ

Ver información en el link:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9/RESOLUCION+ADMINISTRATIVA+438-2021-GG-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9>

¹² Autoridad Nacional del Agua – ANA,6 al citar un pronunciamiento del Tribunal Nacional de Resoluciones de Controversias Hídricas, señala que *“No resulta idónea como Nueva Prueba la presentación de una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, así como tampoco la presentación de documentos originales que ya obraban copia simple en el expediente, entre otros; por tanto, el recurso de reconsideración no es una vía para efectuar un reexamen de los argumentos y pruebas presentadas por el administrado, sino que está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente”*.

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 0472-2021-ANA-AAA.H

Ver información en el link:

<https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/RD%20472-2021.pdf>

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA 6 señala que *“no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan presentar nuevos argumentos sobre los hechos materia de controversia evaluados anteriormente, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con la aplicación del derecho”*.

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1226-2018-OEFA/DFAI

Ver información en el link:

https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=31028#:~:text=El%20recurso%20de%20reconsideraci%C3%B3n%20se,no%20se%20requiere%20nueva%20prueba.



Sobre ello, en línea con lo señalado por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 124-2022-GG/OSIPTEL, esta Oficina considera que las nuevas pruebas presentadas, no aportan nuevos argumentos que ameriten que dicha Instancia revise su pronunciamiento, sino que se limitan a cuestionar argumentos de derecho que no desvirtúa lo resuelto.

En efecto, TELEFÓNICA presenta como prueba la Resolución N° 119-2019-CD/OSIPTEL, por medio de la cual se aprobó el régimen sancionador que reemplazaría el de las Normas Complementarias del RENTESEG derogada.

Sobre ello, corresponde precisar que la referida Resolución no aporta nuevos argumentos que ameriten la revisión del pronunciamiento por parte de la Primera Instancia, toda vez que únicamente proponen argumentos de derecho que fueron materia de análisis por dicha instancia.

Por otro lado, TELEFÓNICA ha presentado como pruebas (i) la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL con la finalidad de resaltar que la administración puede optar por imponer una medida menos gravosa que la sanción administrativa, como lo es la imposición de una medida correctiva, y (ii) la Sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo recaída en el Expediente N° 2613-2019, a fin de acreditar que no se habría motivado debidamente la forma en la que se realizó el cálculo de la multa impuesta.

Al respecto, se advierte que los referidos medios probatorios contienen alegaciones meramente jurídicas que no desvirtúan los hechos que sustentaron lo resuelto; debiendo resaltarse, además, que la Resolución N° 100-2022-GG/OSIPTEL ha motivado adecuadamente por qué resultaba proporcional y adecuado imponer una sanción en el presente caso.

En consecuencia, los aludidos instrumentos no constituyen nuevas pruebas, motivo por el cual, esta Oficina coincide con lo señalado por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 124-2022-GG/OSIPTEL, respecto a que correspondía encauzar el escrito de fecha 20 de abril de 2022 para ser tramitado como un Recurso de Apelación.

Finalmente, resulta importante señalar que si bien existen procedimientos anteriores en los que, como parte de los argumentos del recurso de reconsideración, la Primera Instancia procedió a analizar las referidas prueba aportadas por la empresa operadora, tal práctica desnaturaliza el recurso de reconsideración, por lo que es necesario aclarar cuál es la naturaleza del mismo en los procedimientos del OSIPTEL; lo cual, tal como ha sido señalado anteriormente, no vulnera el derecho de contradicción del administrado, en tanto, dichos argumentos serán evaluados como recurso de apelación.

VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

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 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.



Por tanto, al ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por el incumplimiento de los artículos 4 y 5 de las Normas del RENTESEG, corresponderá la publicación de la Resolución en el diario oficial "El Peruano".

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda:

- (i) Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 100-2022-CD/OSIPTEL y, en consecuencia, CONFIRMAR la multa de 113,2 UIT.
- (ii) Desestimar la NULIDAD formulada por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
- (iii) Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 124-2022-CD/OSIPTEL.

Atentamente,

