

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
ASUNTO	:	CRITERIOS EMITIDOS POR EL CONSEJO DIRECTIVO DEL OSIPTEL EN RESOLUCIONES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES (PAS) DURANTE EL AÑO 2020
FECHA	:	8 de noviembre de 2021

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHOS DE USUARIOS Y DE ADMINISTRACIÓN INTERNA	RAUL MORÁN CRUZADO
	COORDINADOR DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS - PRIMERA INSTANCIA	MÓNICA OROZCO MATZUNAGA
	COORDINADOR LEGAL	JOHAN ROSALES HEREDIA
	ABOGADA ESPECIALISTA EN TEMAS REGULATORIOS	CLAUDIA SILVA JÁUREGUI
REVISADO Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA



I. OBJETIVO

Constituye objeto del presente informe compilar los criterios procedimentales y sustantivos más relevantes adoptados por el Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL), en las resoluciones emitidas durante el año 2020, en los procedimientos administrativos sancionadores (en adelante, PAS) que han sido tramitados ante la segunda instancia.

II. MARCO NORMATIVO

En principio, es importante señalar que la facultad sancionadora del OSIPTEL se encuentra establecida en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336¹ (en adelante, LDFF), cuyo artículo 24 se cita a continuación:

“Artículo 24.- Facultad sancionadora y de tipificación

24.1 OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley. (...)

Por su parte, el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM² (en adelante, Reglamento del OSIPTEL), precisa que el órgano competente para ejercer la función fiscalizadora y sancionadora en segunda instancia es el Consejo Directivo. Así, se tiene lo siguiente:

“Artículo 41.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función Fiscalizadora y Sancionadora

La función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte. Dicha función es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL y en segunda instancia, en vía de apelación, por el Consejo Directivo. (...)

En esa misma línea, el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL³ (en adelante, RFIS), establece que, en materia sancionadora, los actos administrativos emitidos por la Gerencia General y el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios – TRASU, son recurribles en vía de apelación ante el Consejo Directivo⁴.

Ahora bien, el numeral 1.2 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁵ (en adelante, TUO de la LPAG), establece que uno de los principios en los que se sustenta el procedimiento administrativo es el debido procedimiento, el mismo que – entre

¹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 5 de agosto de 2000

² Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 2 de febrero de 2001

³ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 4 de julio de 2013

⁴ ***“Artículo 27.- Impugnación de actos administrativos***

La impugnación de actos administrativos emitidos en el marco del presente Reglamento, se sujeta a las siguientes reglas:

(i) Los actos administrativos emitidos por la Gerencia General son recurribles en vía de reconsideración o apelación. Una vez presentado el recurso de apelación, la Gerencia General elevará el expediente al Consejo Directivo del OSIPTEL, cuyo pronunciamiento pondrá fin a la vía administrativa.

(ii) Los actos administrativos emitidos por el TRASU son recurribles vía de reconsideración o apelación. Una vez presentado el recurso de apelación, el TRASU elevará el expediente al Consejo Directivo del OSIPTEL, cuyo pronunciamiento pondrá fin a la vía administrativa. (...)

⁵ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 25 de enero de 2019.



otros puntos- implica que los administrados tienen derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho por parte de la autoridad competente. Incluso, en el artículo 3 del mencionado cuerpo normativo, se dispone que la motivación constituye un requisito de validez de los actos administrativos.

En ese contexto, se ha observado que las Resoluciones emitidas por el Consejo Directivo durante el periodo de evaluación, en el marco de procedimientos administrativos sancionadores, han establecido criterios resolutivos respecto a diversas materias del sector de telecomunicaciones y del derecho administrativo, que ameritan ser puestas a conocimiento de los Órganos Resolutivos de Primera Instancia y los Órganos de Instrucción.

III. ANÁLISIS

Para efectos del presente informe, se han analizado un total de ciento veinticinco (125) resoluciones emitidas por el Consejo Directivo del OSIPTEL, en el marco de procedimientos administrativos sancionadores, durante el año 2020.

Ahora bien, es importante señalar que en algunos casos el marco normativo vigente al momento en que fue cometida la conducta infractora ha sido modificado y/o derogado; no obstante, el presente informe recoge los criterios más relevantes emitidos por el Consejo Directivo del OSIPTEL respecto de obligaciones normativas que, a la fecha, se encuentran vigentes.

Finalmente, corresponde precisar que para la elaboración del presente documento se ha tomado en cuenta los criterios ya desarrollados en los Informes N° 032-GAL/2018 y N° 035-OAJ/2020, que analizaron las Resoluciones de Consejo Directivo emitidas durante los periodos de julio de 2012 a diciembre de 2016 y, de enero de 2017 a diciembre de 2019.

En esa línea, a los criterios ya incorporados en dicho Informe se adicionan las que se expondrán en el siguiente numeral, en tanto ninguno de los criterios resolutivos ha sido modificado.

3.1. CRITERIOS RESOLUTIVOS

3.1.1 Sobre la acreditación de medidas que garantizan la no repetición de la conducta referida al incumplimiento de los indicadores establecidos en el RCAU⁶

El Reglamento de Calidad de la Atención a Usuarios por parte de las Empresas Operadoras de Servicios de Telefonía Fija y Servicios Públicos Móviles, aprobado mediante Resolución N° 127-2013-CD/OSIPTEL (en adelante, RCAU) contempla los siguientes indicadores:

- Indicador de Tasa de Caídas del Sistema de Atención (CSA).
- Indicador de Tiempo de Espera para Atención Presencial (TEAP).
- Indicador de Deserción en Atención Presencial (DAP).
- Indicador de Corte de la Atención Telefónica (CAT).
- Indicador de Rapidez en Atención por Voz Humana (AVH).

⁶ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de la Resolución N° 184-2020-CD/OSIPTEL.



En el caso específico del TEAP, en los artículos 15 y 16 se indica que el procedimiento de medición y las metas mínimas de dicho indicador se describen en el Anexo B del citado Reglamento.

Siendo así, se tiene que la supervisión del indicador TEAP se realiza de manera anual, no obstante, la evaluación y el cálculo de los indicadores es mensual de acuerdo al artículo 15 del RCAU. Esto quiere decir que, aunque el OSIPTEL haga el requerimiento de información anualmente, la meta que debe alcanzarse es mensual por lo que se analizará que mes a mes se haya cumplido con el indicador establecido.

A lo largo de un año supervisado, las empresas operadoras pueden no siempre cumplir con la meta del indicador todos los meses. Bajo ese contexto el OSIPTEL puede iniciar PAS a las empresas operadoras por los meses en los que no se ha cumplido con el indicador.

En el marco de un procedimiento administrativo sancionador y de acuerdo al artículo 18 del RFIS, implementar medidas que aseguren la no repetición de una conducta constituye una atenuante de responsabilidad. En este contexto muchas empresas operadoras, ante el incumplimiento de determinados meses en un año supervisado, suelen enviar pruebas que acreditan el cumplimiento de los indicadores en meses posteriores, alegando la implementación de mejoras que garantizan la no repetición de la conducta.

Sin embargo, solamente enviando pruebas del cumplimiento del indicador de los meses posteriores a los imputados, no se acredita la implementación de las mejoras, ni tampoco que estas garanticen la no repetición de la conducta, en tanto – ya sea que los “meses posteriores” se encuentren dentro del periodo de evaluación originalmente evaluado, o correspondan al siguiente, es preciso no perder de vista que la supervisión para advertir el cumplimiento o incumplimiento de los indicadores es anual, pese a que la aplicación del valor objetivo sea mensual.

En razón de lo indicado, la alegación vinculada al alcance de los parámetros establecidos por el RCAU en meses posteriores, no puede ser considerado como una acreditación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

Criterio:

“Aunque se evidencie que en los meses posteriores al periodo imputado se cumpla con el indicador TEAP, dicha prueba no resulta ser lo suficientemente idónea para crear convicción de que las medidas adoptadas garantizaron la no repetición de la conducta infractora.”

3.1.2 Sobre la aplicación de la retroactividad benigna⁷

Uno de los principios que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública es el Principio de Irretroactividad, recogido en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, el cual establece que 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 benigna.

Cabe indicar que, el Principio de Irretroactividad se fundamenta en el Principio de Seguridad Jurídica y el Principio de Legalidad que recoge el artículo 103 de la Constitución Política del

⁷ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de las Resoluciones N° 004-2020-CD/OSIPTEL, N° 008-2020-CD/OSIPTEL, N° 147-2020-CD/OSIPTEL, N° 179-2020-CD/OSIPTEL y N° 201-2020-CD/OSIPTEL.



Perú, en tanto la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Ahora, 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.

Conforme a lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, a través del cual se modificaron disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, se precisó que las disposiciones sancionadoras serán retroactivas en caso favorezcan al infractor en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción, (ii) la sanción, y (iii) los plazos de prescripción.

En esa misma línea, la “Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador” emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁸, precisa que los supuestos respecto de los cuales podría aplicar la excepción al Principio de Irretroactividad son: (i) Tipificación de la infracción más favorable, (ii) Previsión de la sanción más favorable, incluso respecto de aquellas sanciones que se encuentran en ejecución al entrar en vigor la norma nueva, y (iii) Plazos de prescripción más favorables.

“(...)

Mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 se modificó el principio de irretroactividad a fin de precisar los supuestos respecto de los cuales se podría configurar su excepción, es decir, la aplicación retroactiva de una norma posterior más favorable. Estos supuestos son los siguientes:

- *Tipificación de la infracción más favorable.*
- *Previsión de la sanción más favorable. Incluso respecto de aquellas sanciones que se encuentran en ejecución al entrar en vigor la norma nueva.*
- *Plazos de prescripción más favorables.*

Como se puede apreciar, la nueva regulación del principio de irretroactividad no hace más que detallar los alcances de la retroactividad benigna, precisando que esta podrá ser aplicada para la tipificación de la infracción, determinación de plazos de prescripción, así como para la previsión de las sanciones administrativas (incluso cuando estas se encuentren en fase de ejecución). (...)

A mayor abundamiento, la Doctrina⁹ sostiene que “en Derecho Penal tradicionalmente para solucionar los casos descritos se acude a la motivación de la reforma normativa posterior. Si tal reforma se debe a razones fácticas, es decir, a la transformación de circunstancias de hecho, no se aplicaría la norma posterior, aun cuando pueda beneficiar al reo. Por el contrario, si el cambio legal es debido a un cambio en la valoración del hecho, entonces sí cabe la retroactividad”. (Subrayado agregado).

Por lo tanto, considerando que la regla general es que se aplica la norma vigente a la fecha de la comisión de la infracción, y que la retroactividad benigna solo se aplica de manera

⁸ Disponible en el siguiente enlace: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf>

⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. “Derecho administrativo sancionador. Parte General”. Tercera edición. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 201



excepcional en los supuestos establecidos en la norma, sólo al configurarse algunos de los supuestos antes señalados, corresponderá la aplicación de una norma vigente de forma posterior a los hechos infractores.

Criterio:

“Los supuestos respecto de los cuales se podría aplicar la excepción al Principio de Irretroactividad son: (i) Tipificación de la infracción más favorable, (ii) Previsión de la sanción más favorable, incluso respecto de aquellas sanciones que se encuentran en ejecución al entrar en vigor la norma nueva, y (iii) Plazos de prescripción más favorables.”

3.1.3 Sobre la definición de compromiso de mejora¹⁰

El Reglamento de Calidad, establece una serie de indicadores, cada uno con parámetros pre determinados, a fin de que con su cumplimiento se garantice la prestación idónea de los servicios de telecomunicaciones. Siendo así, la evaluación de los indicadores de calidad consiste en verificar el cumplimiento de su valor objetivo.

Ahora bien, para el caso de los indicadores de Calidad de Voz (CV), Calidad de Cobertura del Servicio (CCS) y Tiempo de Entrega de Mensajes de Texto (TEMT), los Anexos 8, 9 y 10 del Reglamento de Calidad, establecen los Procedimientos para su Medición, Cálculo y Evaluación, observándose que, en cada caso, el cumplimiento de los mismos se verifica por centro poblado y, se encuentra supeditado al alcance del valor objetivo correspondiente por periodo de evaluación (semestral)

Tomando en cuenta lo anterior, si en la evaluación realizada se constata que la empresa operadora no ha cumplido con alcanzar los valores objetivos fijados en uno o más centros poblados, ello no configura automáticamente una infracción susceptible de sanción, sino que la norma otorga a la empresa una oportunidad para corregir esta deficiencia en la calidad del servicio, mediante la formulación de un compromiso de mejora, el mismo que deberá contemplar la ejecución de un conjunto de acciones destinadas a lograr el cumplimiento del valor del indicador; lo que dará lugar a una nueva evaluación que se realizará en el semestre siguiente. Si en dicha verificación se constata que persiste el incumplimiento en el logro del valor del indicador; se aplica la sanción respectiva.

A partir de lo mencionado, se tiene que el artículo 13 del Reglamento de Calidad dispone lo siguiente:

“Artículo 13.- Compromiso de Mejora

Es un compromiso presentado por la empresa operadora que implica el desarrollo de un conjunto de acciones, cuya finalidad es el cumplimiento de los indicadores de calidad (CV, CCS y TEMT). Su ejecución no podrá exceder al siguiente periodo de evaluación.”

Bajo esa línea, el compromiso de mejora se solicita ante el incumplimiento del valor objetivo del indicador de calidad, a fin de que la empresa operadora despliegue acciones que conlleven al cumplimiento del valor objetivo del indicador, en un plazo que no deberá exceder el siguiente periodo de evaluación.

¹⁰ Conforme a los pronunciamientos efectuados por Consejo Directivo a través de las Resoluciones N° 016-2020-CD/OSIPTEL, N° 095-2020-CD/OSIPTEL, N° 099-2020-CD/OSIPTEL, N° 114-2020-CD/OSIPTEL, N° 154-2020-CD/OSIPTEL, N° 168-2020-CD/OSIPTEL, N° 173-2020-CD/OSIPTEL y N° 187-2020-CD/OSIPTEL.



No debe perderse de vista que el Compromiso de Mejora es elaborado en forma unilateral por la propia empresa operadora, quien establece y consigna autónomamente las acciones y medidas que considera necesario adoptar para superar el incumplimiento en el que ha incurrido y alcanzar el valor objetivo del indicador de calidad del servicio. En consecuencia, el contenido del Compromiso de Mejora no requiere la aprobación técnica ni un acuerdo con el OSIPTEL, sino que siendo que los valores del indicador de calidad están pre fijados y se evalúan de forma objetivo, ello otorga certeza y predictibilidad a su verificación.

Ahora bien, tomando en cuenta lo señalado de forma precedente, además de las propias características y exigencias técnicas de la medición y verificación de cumplimiento del valor del indicador de calidad TEMT y CV en la telefonía móvil, resulta evidente que la evaluación de dichos indicadores debe realizarse mediante una verificación individual de cada indicador y en cada centro poblado urbano, pues se trata de situaciones particulares y específicas que pueden variar en cada caso y de un lugar a otro. Solo así, puede establecerse fehacientemente si la prestación del servicio logra satisfacer o no el valor del indicador de calidad, lo que es crucial para determinar el cumplimiento o incumplimiento del Compromiso de Mejora.

Entonces, conforme se precisa en el artículo 13 del Reglamento de Calidad, el Compromiso de Mejora supone la previsión y adopción de un conjunto de acciones con la finalidad de alcanzar el cumplimiento de los valores fijados para cada indicador de calidad TEMT y CV. Por ello, la evaluación a rezar en el semestre siguiente no está referida a verificar que se haya cumplido o no con realizar las acciones previstas en el Compromiso de mejora, sino a determinar en la nueva evaluación si se logra o no alcanzar los valores objetivos fijados para el respectivo indicador en cada centro poblado urbano específico. No es pues una evaluación de acciones programadas sino del logro del resultado de calidad exigido.

A partir de lo indicado, considerando que i) el Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Calidad, dispone que la empresa operadora que no remita o no cumpla con el compromiso de mejora para los indicadores CV, CCS y TEMT incurrirá en infracción grave y, ii) tomando en cuenta que el cumplimiento de dichos indicadores y sus compromisos de mejora se observan por centro poblado, es claro que las sanciones – de existir- deben ser impuestas siguiendo el mismo criterio.

Criterio

“El incumplimiento de los compromisos de mejora que sean presentados por las empresas operadoras para los indicadores CV, CCS y TEMT, serán sancionados por centro poblado”

3.1.4 Sobre la razonabilidad de la sanción por incumplimiento de indicadores establecidos en el RCAU por valores cercanos a estos¹¹

De acuerdo al artículo 16 del RCAU, los indicadores de calidad establecidos en dicha norma deben ser calculados con una periodicidad mensual y de acuerdo a los criterios establecidos en cada uno de los anexos de dicho reglamento.

En el caso de los indicadores de Tiempo de Espera para Atención Presencial (TEAP) y de Rapidez en Atención por Voz Humana (AVH), los anexo B y E de dicho cuerpo normativo

¹¹ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de las Resoluciones N° 004-2020-CD/OSIPTEL, N° 184-2020-CD/OSIPTEL y N° 192-2020-CD/OSIPTEL.



indican un porcentaje o valor objetivo que cada empresa operadora debe cumplir, lo que es también aplicable a sus sub-indicadores específicos: TEAPij, AVH1; AVH2.

Estos indicadores están expresados en porcentaje, de esta manera el TEAP se calcula con el número de atenciones personales en un mes, atendidas dentro los primeros quince (15) minutos de espera, dividido por el número total de atenciones personales en un mes y se transforma a un porcentaje; de manera similar el indicador AVH es la división del número de llamadas mensuales, por canal de atención telefónico, entre el número total de llamadas mensuales atendidas por un operador, transformado en porcentaje.

El hecho de que todos los sistemas tengan fallas, ya que ninguno es infalible, es la razón por la cual el RCAU incorpora una tasa razonable de fallas que pueden tener los sistemas de atención al usuario, exigiendo a las empresas operadoras implementar sistemas de atención que presenten fallas menores a las ya reconocidas por la norma. Los Anexos del RCAU exigen un determinado porcentaje distinto del 100%; por ejemplo 80% para TEAP u 85% para AVH1 o AVH2, de esta manera, la norma se dota de razonabilidad y evita exigir estándares de imposible cumplimiento.

Por lo expuesto, se concluye que aun cuando el incumplimiento se evidencie por valores cercanos o aproximaciones a los indicadores, la razonabilidad de la aplicación de la sanción no se ve afectada, en tanto, como hemos mencionado, estos ya consideran un margen de fallas.

Criterio:

“En la medida que los porcentajes establecidos en el RCAU como metas de cumplimiento para los indicadores son específicos y ya consideran un margen de fallas o eventos que se pueden presentar, corresponde a las empresas operadoras dar cumplimiento a dichas metas y no simplemente acercarse a ellas, lo cual no afecta la razonabilidad de la medida.”

3.1.5 Sobre los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor en el caso del incumplimiento de los indicadores establecidos en el RCAU¹²

El artículo 257 de la LPAG establece supuestos que eximen de responsabilidad a los administrados o atenúan dicha responsabilidad, en ese sentido dicho artículo dispone:

“Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones
1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:
a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
(...)”.

Si bien existe distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, ambos tienen en común el ser eventos de carácter imprevisible, extraordinario e irresistible. Por lo que, si una empresa operadora cometiese una infracción como consecuencia de uno de estos eventos, no tendría responsabilidad administrativa pese a que la conducta verificada sea típica en la norma.

Respecto a los indicadores establecidos en el RCAU, específicamente el de Tiempo de Espera para Atención Presencial (TEAP) y de Rapidez en Atención por Voz Humana (AVH), existen eventos extraordinarios que pueden afectar el normal funcionamiento de los sistemas

¹² Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de la Resolución N° 192-2020-CD/OSIPTEL.



implementados por las empresas operadoras para cumplir con estos indicadores, no obstante, también existen eventos ampliamente conocidos. Sin embargo, los sistemas implementados por las empresas operadoras, no deberían ser afectados por estos eventos recurrentes, por el contrario, deberían estar listos para afrontar variaciones respecto a dichos eventos.

De acuerdo a lo expuesto se puede señalar que, en el caso de incrementarse el número de atenciones en día de la madre, bajo el contexto que la propia empresa operadora desarrolla campañas promocionales con la temática de dicha festividad, hace perfectamente previsible que se generará un incremento de atenciones presenciales, por lo que este evento no constituiría un caso fortuito o de fuerza mayor.

De manera similar el incremento en la recepción de llamadas que reciben, a fin de calcular la rapidez en AVH, la empresa operadora no puede alegar como hecho imprevisible el incremento de llamadas por usuarios portados de otra empresa operadora. Dado que una empresa operadora tiene conocimiento de la cantidad de abonados que se suman a su red por efecto de la portabilidad numérica también conoce la posibilidad de que estos nuevos servicios requieran asistencia telefónica, siendo así el Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, aprobado por Resolución N° 286-2018-CD/OSIPTEL (TUO del Reglamento de Portabilidad), el instrumento jurídico que elimina el carácter de imprevisible de los efectos que pueden derivarse del procedimiento de portabilidad.

En el mismo sentido, el potencial incremento de llamadas para obtener asistencia telefónica debido a la caída de aplicativos como WhatsApp y Facebook, no es un evento extraordinario. Dado que estos eventos ocurren de manera recurrente y se demuestra con la experiencia, que no se suele concretar un incremento de llamadas por este tipo de sucesos, por lo que al no ser extraordinarios y no verificarse un efecto externo y perjudicial al indicador AVH no constituye un caso fortuito o de fuerza mayor.

Finalmente, sobre el incremento de llamadas producto del envío de SMS por Bloqueo de IMEI, si bien de por sí es claramente previsible que los usuarios realicen consultas respecto de este tipo de mensajes que les informa sobre la posibilidad de bloqueo de su IMEI, debe ser considerado el tiempo transcurrido entre la obligación de enviar dichos mensajes y el mes en que se verifica la infracción del indicador AVH. Así no será irresistible si entre ambos hay una diferencia de varios meses.

Criterio:

“En el caso de los indicadores establecidos en el RCAU, el incremento de atenciones por días festivos y campañas promocionales relacionadas a la festividad, no es un suceso imprevisible. Asimismo, el incremento de recepción de llamadas por el aumento de nuevos usuarios portados; o el potencial incremento por inconvenientes con aplicaciones independientes de las empresas operadoras; o por SMS que alertan sobre bloqueos de IMEI, no son imprevisibles ni extraordinarios, ni irresistibles, respectivamente; por lo que ninguno de los eventos mencionados constituye, en ese sentido, un caso fortuito o de fuerza mayor.”



3.1.6 Respecto al cumplimiento de la obligación de realizar devoluciones a ex abonados¹³

El artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso establece que, en caso de interrupción del servicio por causas no atribuibles al abonado, está prohibido que la empresa operadora efectúe cobros correspondientes al período de duración de la interrupción, siendo obligación de la empresa operadora realizar devoluciones o compensaciones en caso la tarifa o renta fija haya sido pagada en forma adelantada.

La obligación de realizar las devoluciones derivadas de interrupciones que afectaron al servicio, debe ser efectuada respecto de abonados activos y/o ex abonados, contando con dos (2) meses para realizar las devoluciones correspondientes. Debido a que la norma es aplicable tanto a abonados activos como a ex abonados, la baja del servicio por sí misma no constituye una imposibilidad para realizar la devolución. Por lo tanto, la obligación de devolver se mantiene vigente pese a que se trate de ex abonados.

Por lo tanto, constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso cuando la empresa operadora no efectúe -dentro del plazo legal respectivo- las devoluciones en atención a la parte proporcional al tiempo de las interrupciones del servicio, incluyendo el respectivo interés; ello, con independencia que, al tiempo de realizar la devolución efectiva, el beneficiario ostente la calidad de abonado o ex abonado.

Sin embargo, de tratarse de un ex abonado que la empresa operadora haya acreditado que no puede ser ubicado, de manera excepcional, y atendiendo al Principio de Razonabilidad, se podría valorar –para la graduación de la sanción– que la empresa operadora haya desplegado todos los esfuerzos para poner a disposición de dicho abonado las devoluciones pendientes, a fin de dar cumplimiento a su obligación.

En el marco de acción de la empresa operadora para cumplir dicha obligación, la sola publicación en su página web de una lista de abonados para que hagan efectivo su cobro, no constituye cumplimiento de la obligación de devolver y tampoco constituye un procedimiento admitido por el OSIPTEL a ser aplicado en todos los casos de devoluciones debido a las particularidades que presenta cada procedimiento. Por lo que, si bien es parte de los esfuerzos desplegados por las empresas operadoras por cumplir con su obligación, también debe valorarse si se encuentra publicado el cálculo del monto adeudado, si dicho cálculo es correcto o si se emplearon otros medios para cumplir la obligación. Todo esto en función de valorar los esfuerzos a efectos de determinar la sanción a imponer, mas no para dar por cumplida la obligación.

De otro lado, es una práctica usual que las empresas operadoras emitan notas de crédito a favor de sus abonados y/o ex abonados, reconociendo la devolución pendiente que existe a su favor. No obstante, la sola emisión de este documento, tampoco prueba el cumplimiento de la obligación de devolver el monto correspondiente a la interrupción del servicio, puesto que este documento no acredita por sí solo que dicha deuda haya sido íntegramente pagada y dentro del plazo establecido. Se reconoce que existe libertad sobre los medios de prueba para acreditar que dicha nota de crédito fue efectivamente cobrada, mas esta por sí sola no acredita la devolución.

¹³ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de las Resoluciones N° 010-2020-CD/OSIPTEL, N° 041-2020, N° 071-2020-CD/OSIPTEL, N° 096-2020-CD/OSIPTEL y N° 141-2020-CD-OSIPTEL.



Finalmente, de darse el caso que una empresa operadora emita notas de crédito y publique los montos adeudados en página web, tampoco se daría por cumplida la obligación, dado que ambos medios de prueba acreditan el reconocimiento unilateral de la empresa operadora de la existencia de un saldo pendiente a favor de determinados abonados, pero no acreditan el cumplimiento de la obligación.

Criterio:

“La sola publicación de la lista de abonados con montos a devolver, así como la emisión de notas de crédito no constituyen cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso. Asimismo, en relación a las devoluciones pendientes de ex abonados, respecto de los cuales las empresas operadoras hayan acreditado que no pueden ser ubicados, se valorará los esfuerzos que realicen los administrados para poner a su disposición los montos pendientes de devolución, considerando como factor importante para dar cumplida la obligación, la oportunidad en que son llevadas a cabo las acciones”

3.1.7 Sobre la individualización de acciones de supervisión que evidencian casuísticas distintas respecto de la infracción de no permitir presentación de reclamos web¹⁴

El artículo 43-A del TUO de las Condiciones de Uso establece la obligación a cargo de la empresa operadora que disponga de una página web, de incluir en su página principal un vínculo visiblemente notorio y de fácil acceso, bajo la denominación “Atención de Reclamos y Solicitudes en Línea” que permita a los abonados y usuarios (en los casos que corresponda a este último), acceder directamente, a la presentación de sus reclamos por averías, reclamos, recursos, quejas.

En tal sentido, en dicho artículo se establecen distintas reglas aplicables a dicho mecanismo. Así, por ejemplo, se ha establecido que dicho mecanismo debe permitir: (i) obtener una constancia de recepción, en la que se aprecie el texto del reclamo por avería, reclamo, recurso, queja o solicitud derivada de la presente norma formulada, con indicación del número o código de identificación del mismo; así como (ii) imprimir la constancia de recepción antes indicada, así como solicitar que dicha constancia sea remitida adicionalmente, al correo electrónico que para tales efectos señale el usuario o abonado, según corresponda.

De este modo, en lo que se refiere a la conducta infractora de no permitir presentación de reclamos a través de la página web, debe tenerse en cuenta que, aun cuando dos o más acciones de supervisión se realicen en horas cercanas o incluso en el mismo lugar, constituirán acciones de supervisión individualmente en tanto a través de estas se adviertan distintas casuísticas.

Así, por ejemplo, si en el caso de una acción de supervisión se advierte que no se pudo acceder al formulario de reclamos y, en otra, habiéndose podido acceder al formulario, no se emitió la constancia respectiva; estas acciones de supervisión deben ser consideradas independientemente, pese a que, como se ha mencionado, se lleven a cabo en horas cercanas o incluso en el mismo lugar.

Ello en atención a la naturaleza de la infracción, dado que, a diferencia de otros supuestos, en este caso las distintas acciones de supervisión efectuadas a la empresa operadora no

¹⁴ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de la Resolución N° 042-2020-CD/OSIPTEL.



ratifican un incumplimiento inicialmente detectado, sino que evidencian casuísticas distintas.

Criterio:

“En el marco de la supervisión de cumplimiento del artículo 43-A del TUO de las Condiciones de Uso, cuando dos o más acciones de supervisión se realicen en horas cercanas o incluso en el mismo lugar, las mismas constituirán acciones de supervisión individuales e independientes, siempre que a través de estas se adviertan distintas casuísticas”.

3.1.8 Sobre la obligación de brindar información ante un pedido expreso del usuario¹⁵

El artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso establece la obligación a cargo de las empresas operadoras de brindar toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.

En esa línea, resulta claro que las empresas operadoras se encuentran obligadas a brindar la información, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, con lo cual queda evidenciado que el mencionado artículo no sólo se encuentra referido a información que se deba suministrar en el proceso de contratación, sino también antes de la vigencia de la relación empresa–cliente. Se trata – entonces- de información que se deba brindar cuando la relación contractual ya existe, pero también de información que es necesaria para tomar una decisión, realizar una elección, o usar o consumir un servicio.

Ahora bien, el artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso también establece que la información que sea entregada a los usuarios previo a una contratación y/o en cualquier momento en que le sea solicitada, debe ser clara, veraz, detallada y precisa.

De acuerdo a ello, para que se satisfaga el derecho de recibir la información no basta con la mera entrega de información, sino que el contenido de la misma debe ajustarse a las condiciones mínimas establecidas y que se brinde en el momento en que ésta es solicitada, según lo establece el artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso.

En tal sentido, aun cuando las empresas operadoras señalen que existen medios a través de los cuales ponen a disposición de los usuarios toda la información relativa al servicio, no se puede sostener que ello releva la obligación a cargo de la empresa de entregar información clara, veraz, detallada y precisa, en el momento que el usuario solicita determinada información expresamente a quien le vende el servicio en nombre de la empresa, puesto que es más bien en dicha oportunidad en la que el usuario puede preguntar directamente respecto a la información que para él resulte relevante a efectos de tomar una decisión de consumo.

Adicionalmente, es importante remarcar que si bien el Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571, establece que cuando los proveedores de bienes o servicios brinden información complementaria podrán hacerla por remisión a otras fuente de información como sitios en internet; la información consignada en el artículo 6 no puede ser calificada como complementaria sino más bien como principal y parte del conjunto de datos que mínimamente deben ser puestos a disposición de los usuarios antes, durante y después

¹⁵ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de las Resoluciones N° 089-2020-CD/OSIPTEL, N° 098-2020-CD/OSIPTEL, N° 102-2020-CD/OSIPTEL y N° 188-2020-CD/OSIPTEL.



de la contratación, con lo cual la remisión de los asesores comerciales a otros medios de difusión no satisfacen el cumplimiento de la obligación supervisada.

En efecto, teniendo en cuenta que es el usuario quien mejor conoce cuál es la información que le resulta relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación, así como para efectuar un uso o consumo adecuado del servicio; no es posible que sea la empresa operadora quien determine qué información resulta relevante para dicho agente, especialmente en aquellos aspectos que expresamente han sido ejemplificados en el mismo artículo 6.

Criterio:

“La puesta a disposición de información relativa al servicio a través de distintos medios, no releva la obligación a cargo de la empresa de entregar información clara, veraz, detallada y precisa, en el momento que el usuario la solicita específica y expresamente a quien le vende el servicio en nombre de la empresa”.

3.1.9 Sobre la configuración de la infracción del artículo 11-A ante la no acreditación de la validación de identidad frente a un desconocimiento de titularidad¹⁶

El artículo 11- A del TUO de las Condiciones de Uso establece de forma clara y expresa, la obligación por parte de las empresas operadoras de verificar la identidad del solicitante, con anterioridad a la contratación y activación de las líneas móviles. Así, se prohíbe que la contratación y activación de las líneas móviles se realice sin que previamente se hayan efectuado dichas verificaciones.

En tal sentido, una vez que los usuarios han cuestionado la titularidad de los servicios contratados, corresponde a las empresas operadoras remitir los medios probatorios que acrediten haber verificado la identidad de los solicitantes de acuerdo a lo establecido en el artículo 11-A.

Entonces, aun cuando frente a un requerimiento expreso del OSIPTEL, la empresa operadora no acredite la verificación de identidad del usuario, en dicho caso la imputación no consistiría en una presunta falta de entrega de información (artículo 7 del RFIS), sino en el incumplimiento del artículo 11-A del TUO de las Condiciones de Uso, dado que ante el cuestionamiento de titularidad le correspondía a la empresa operadora acreditar haber realizado las verificaciones de identidad correspondientes, de manera previa a la contratación de los servicios.

Criterio:

“La no acreditación de la verificación de identidad de un abonado previo a la contratación y activación de una línea móvil, no supone una infracción por falta de entrega de información sino, un incumplimiento al artículo 11-A del TUO de las Condiciones de Uso”.



¹⁶ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de la Resolución N° 090-2020-CD/OSIPTEL.

3.1.10 Sobre la priorización del procedimiento establecido en el artículo 12-A del TUO de las Condiciones de Uso frente al del artículo 14 de dicha norma¹⁷

El artículo 12-A del TUO de las Condiciones de Uso establece el derecho de cuestionar la titularidad de servicios móviles prepago, esto es, desconocer la titularidad de servicios registrados a nombre de personas que no habrían contratado estos.

De otro lado, el artículo 14 del TUO de las Condiciones de Uso regula la obligación de la empresa de establecer el procedimiento de baja del servicio contratado bajo la modalidad prepago cuando este no hubiera sido rehabilitado o recargado dentro del plazo máximo establecido por la empresa operadora, el cual debe ser comunicado al OSIPTEL y a los usuarios.

Si bien el TUO de las Condiciones de Uso no establece un supuesto en el que simultáneamente se estén tramitando los procedimientos de cuestionamiento de titularidad (artículo 12-A) y de baja de servicio (artículo 14), es lógico que, ante una situación como la antes señalada, la empresa operadora debe dar trámite preferentemente al primer procedimiento, ya que es solicitado por el mismo abonado y tiene un plazo de duración de menor tiempo.

Además, debe indicarse que la finalidad de ambos procedimientos no es la misma, dado que en el caso del artículo 12-A se busca que: i) se atienda oportunamente el cuestionamiento de un servicio público móvil de modo tal que no se generen mayores afectaciones al presunto abonado quien podría verse responsabilizado por el uso ilícito de una determinada línea móvil y ii) se concrete la regularización de la titularidad de la línea cuestionada.

En efecto, dicha finalidad debe prevalecer ante el objetivo del artículo 14 que es permitirle a la empresa operadora contar con un procedimiento para dar de baja un servicio que no viene siendo utilizado.

Criterio:

“Ante una situación en la que simultáneamente se estén tramitando los procedimientos de cuestionamiento de titularidad y de baja de servicio prepago, la empresa operadora debe dar trámite preferentemente al primero de ellos, ya que es solicitado por el mismo abonado, tiene un plazo de duración de menor tiempo y su finalidad debe prevalecer”.

3.1.11 Sobre la reversión de efectos para las obligaciones contenidas en los artículos 48 y 49 del TUO de las Condiciones de Uso¹⁸

En principio, es preciso hacer referencia a lo establecido en los artículos 48 y 49 del TUO de las Condiciones de Uso. Así, se tiene lo siguiente:

“Artículo 48.- Interrupción del servicio por trabajos de mantenimiento

(...) En caso se requiera realizar un mantenimiento correctivo de emergencia que no haya podido ser previsto por la empresa operadora, la obligación de informar a los abonados acerca de esta situación, deberá realizarse con la mayor anticipación y diligencia posible, debiendo comunicarse el hecho al OSIPTEL, dentro del día hábil

¹⁷ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de las Resoluciones N° 103-2020-CD/OSIPTEL.

¹⁸ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de la Resolución N° 055-2020-CD/OSIPTEL.



siguiente de iniciado el mantenimiento, y acreditada dentro de los (4) días hábiles siguientes de efectuada dicha comunicación. (...)"

"Artículo 49.- Interrupción del servicio por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora

En caso de interrupción del servicio por caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, ésta deberá actuar con la diligencia debida. Asimismo, la empresa operadora deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

- (i) *Comunicar y acreditar tales eventos al OSIPTEL, dentro del plazo establecido en sus respectivos contratos de concesión, de ser el caso o comunicar dichos eventos dentro del día hábil siguiente de producida la causa y acreditar dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa.*
- (ii) *Presentar un cronograma y plan de trabajo a OSIPTEL para reparar y reponer el servicio, cuando la interrupción supere las setenta y dos (72) horas. Dicho cronograma deberá ser presentado dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa, debiendo sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad (...)"*

Como se puede advertir, en las disposiciones antes citadas se observan varias obligaciones que deben ser cumplidas por las empresas operadoras de generarse una interrupción de los servicios de telecomunicaciones por trabajos de mantenimiento o por caso fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera de su control. Sin embargo, para el análisis del presente criterio, vinculado a la aplicación del eximente de responsabilidad de subsanación voluntaria, nos enfocaremos en la obligación de acreditar los trabajos correctivos de emergencia (artículo 48) y los numerales i) y ii) contenidos en el artículo 49 del TUO de las Condiciones de Uso.

Entonces, a efectos de aplicar el eximente por subsanación voluntaria establecido en el literal f) del TUO de la LPAG y el numeral iv) del artículo 5 del RFIS, deberán concurrir las siguientes circunstancias:

- i) El cese de la conducta infractora.
- ii) La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción fue subsanada.
- iii) La subsanación debe ser voluntaria.
- iv) La subsanación debió haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador.

De acuerdo a lo citado, para la verificación del cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa es necesario que el administrado cese su conducta en relación a todos los hechos que dieron lugar a las imputaciones efectuadas por la administración.

Con relación al concepto mismo de la subsanación, es preciso tener en cuenta que, conforme a la Real Academia Española (RAE), el término "subsanar" significa reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño. En ese sentido, siendo que la subsanación está relacionada con un estado de reparación, enmienda o arreglo, la misma no debe entenderse exclusivamente como el cese o adecuación de la conducta del infractor, sino que debe ir acompañada con la corrección de todo efecto derivado de dicha conducta.

Por tanto, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ello ocurrió, habrá incumplimientos que para ser subsanados requieran, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la



misma, y habrá otros incumplimientos cuyos efectos resulten irreversibles, fáctica y jurídicamente. En estos últimos casos, la subsanación no será posible y, por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

Cabe señalar que, distinto es el caso de incumplimientos que hasta la fecha de su cese no hayan generado un efecto concreto, en cuyo caso no resulta exigible, naturalmente, la reversión de efectos; aplicándose el eximente de responsabilidad previsto en el TUO de la LPAG, en tanto concurren los demás requisitos previstos para ello. Una lectura en contrario, podría vulnerar los derechos del administrado en tanto se estaría desnaturalizando una exigencia legal.

En el caso particular, esto es, en relación a las obligaciones antes señaladas, contenidas en los artículos 48 y 49 del TUO de las Condiciones de Uso, se tiene que, por la misma naturaleza de las mismas, éstas pueden ser cesadas por las empresas operadoras; no obstante, se debe incidir en que dichos incumplimientos lesionan directamente el bien jurídico protegido, constituido por la información que debió ser brindada al OSIPTEL para –en base a esa información suficiente y oportuna- llevar a cabo las posibles acciones de monitoreo respectivos a efectos de verificar las medidas implementadas por la empresa operadora para el restablecimiento del servicio.

Tomando en cuenta lo antes señalado, las consecuencias que se generan cuando una empresa operadora no cumple con acreditar los trabajos correctivos de emergencia (artículo 48) o, cuando no comunica un evento de caso fortuito o fuerza mayor, ni presenta un plan de trabajo para reparar o reponer el servicio, se obstaculiza la facultad supervisora del OSIPTEL y se dificulta las labores de seguimiento necesarias para salvaguardar la continuidad de los servicios de telecomunicaciones, razones por las cuales no es posible revertir los efectos derivados de las conductas infractoras antes mencionadas.

Criterio:

“Los incumplimientos relacionados a las obligaciones de acreditar los trabajos correctivos de emergencia (artículo 48) y los numerales i) y ii) contenidos en el artículo 49 del TUO de las Condiciones de Uso, no pueden ser revertidos”.

3.1.12 Sobre la naturaleza de la infracción tipificada en el artículo 9 del RFIS¹⁹

El artículo 9 del RFIS dispone claramente lo siguiente:

“Artículo 9.- Entrega de información inexacta

La Empresa Operadora que haga entrega de información inexacta incurrirá en infracción grave”.

Al respecto, la Exposición de Motivos del RFIS señala que el artículo 9 del RFIS tiene por objeto asegurar que la información presentada por las empresas operadoras guarde exactitud frente a la realidad material; ello en atención a la finalidad que busca el OSIPTEL con su requerimiento, ya sea, entre otros, en el ámbito de la supervisión, regulación, solución de controversias, así como al deber exigible a las empresas operadoras de verificar el contenido de la información que presentan.

¹⁹ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de la Resolución N° 008-2020-CD/OSIPTEL.



Asimismo, la LDFF establece -en el artículo 3 (literal a y c) y en el artículo 19- que las empresas supervisadas, deben facilitar toda la información necesaria, actuando diligentemente acorde a los fines de la supervisión. Igualmente, conforme a la citada Ley la información que dichas empresas proporcionen se entenderá como veraz, definitiva y tendrá la calidad de declaración jurada.

Así, la acción antijurídica constituida por la entrega de la información inexacta al ente regulador, se consuma y agota en el mismo momento en que la empresa remitió dicha información. En ese sentido, la entrega de información inexacta corresponde a una infracción instantánea, por lo que realizar precisiones posteriores ante el requerimiento de la Administración, no anula la infracción; sin perjuicio de que frente a ella puedan aplicarse eximentes o atenuantes de responsabilidad, de acuerdo a lo que se advierta en cada caso en particular.

Criterio:

“La entrega de información inexacta corresponde a una infracción instantánea, por lo que realizar precisiones posteriores ante el requerimiento de la Administración, no anula la infracción”.

3.1.13 Sobre la evaluación de la probabilidad de detección a efectos de graduar la multa a imponer por el incumplimiento de resoluciones emitidas por parte de las empresas operadoras (artículo 13 del RFIS)²⁰

El artículo 248 del TUO de la LPAG regula los principios de la potestad sancionadora administrativa, reconociendo en el numeral 3 al Principio de Razonabilidad, por medio de la cual 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.

En virtud de ello, se establece que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando – entre otros- a la probabilidad de detección de la infracción. Dicha disposición es igualmente recogida por artículo 17 del RFIS.

Conforme a lo desarrollado por la Guía de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores del OSIPTEL²¹, se asume que la probabilidad de detección depende de las características bajo las cuales se realiza la verificación del cumplimiento de las obligaciones, y por tanto corresponderá efectuar su análisis caso por caso.

Igualmente, resulta preciso señalar que toda sanción no es resultado de un único criterio, por lo que el que la probabilidad de detección sea determinada como Alta no podría determinar de forma individual la cuantía de una sanción administrativa.

Así, para asignar la probabilidad de detección en la determinación de una multa para una conducta infractora en particular, se tomará en consideración diversos criterios, uno de ellos, referidos a si la supervisión sobre la cual se sustentan los incumplimientos imputados comprende la revisión del 100% del universo a supervisar.

²⁰ Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de la Resolución N° 084-2020/CD-OSIPTEL.

²¹ Contenido en el Informe N° 00152-GPRC/2019, publicado en la página web del OSIPTEL en el siguiente link: <https://www.osiptel.gob.pe/media/5qta5i0n/inf152-gprc-2019.pdf>



En el caso de la infracción contemplada en el artículo del artículo 13 del RFIS, referido al incumplimiento por parte de la Empresa Operadora de las resoluciones emitidas por el TRASU en ejercicio de su función de solución de reclamos de usuarios; el Consejo Directivo determinó que en la medida que no todos los usuarios afectados con incumplimientos presentan denuncias, no resulta factible que el organismo regulador tome conocimiento de la real dimensión del incumplimiento y por ende la probabilidad de detectar la comisión de la infracción resulta baja.

Criterio:

“En el caso del incumplimiento del artículo 13 del RFIS (incumplimiento de resoluciones emitidas por el TRASU), la baja probabilidad de detección está asociada a la posibilidad objetiva que en su evaluación la autoridad pueda verificar o no el 100% del universo de casos. Ello en la medida que no todos los usuarios afectados con incumplimientos presentan denuncias”.

3.1.14 Sobre los efectos de las devoluciones frente a la aplicación de tarifas mayores²²

De acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL, la empresa operadora que aplique una tarifa superior a la respectiva tarifa tope vigente establecida por el OSIPTEL o superiores a las legalmente permitidas o, en su caso, superior a la respectiva tarifa regulada que formó parte del sustento de la resolución que establece el ajuste tarifario vigente de tarifas tope por canastas de servicios, incurrirá en infracción muy grave.

Siendo así, de acuerdo al Principio de Legalidad y Verdad Material, se incurrirá en la infracción antes señalada, cuando se verifique que – efectivamente- la empresa operadora ha aplicado tarifas superiores.

En esa línea, sin perjuicio que pueden existir factores que puedan subsanar o atenuar la responsabilidad de la empresa operadora frente a la casuística antes descrita, lo cierto es que ello no podría implicar que el incumplimiento no se generó, sino que solo podrá ser considerado como un comportamiento direccionado a restituir la legalidad o a reducir el impacto de la infracción.

Por tanto, en el caso particular de la infracción contenida en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, el incumplimiento se configura con la aplicación de tarifas mayores y, en ningún caso, la devolución de los montos aplicados en exceso puede significar la anulación total de la infracción.

Criterio:

“Cuando se advierta que una empresa operadora aplica tarifas mayores, la devolución de los montos aplicados en exceso no podrá ser considerado como un factor que subsana el incumplimiento”.

III. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

Se recomienda elevar al Consejo Directivo el presente informe, que recopila los catorce (14) criterios resolutivos más relevantes contenidos en las resoluciones emitidas por dicho

²² Conforme al pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de la Resolución N° 200-2020-CD/OSIPTEL.



Colegiado durante el año 2020, en el trámite de los procedimientos administrativos sancionadores en segunda instancia; para que, de estimarlo conveniente, disponga su aprobación.

Asimismo, de darse dicha aprobación, se recomienda que este informe sea remitido a la Dirección de Fiscalización e Instrucción, la Secretaría Técnica de Solución de Reclamos y al Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), a efecto de que se constituya como referencia en el análisis de los procedimientos sancionadores que tramiten.

Atentamente,

