



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00200-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 30 de junio de 2022

EXPEDIENTE Nº	:	00005-2022-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO: El Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución Nº 171-2022-GG/OSIPTEL.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- Mediante Informe Nº 364-DFI/SDF/2021 (**Informe de Supervisión**), de fecha 24 de diciembre de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo Nº 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso); seguido en el Expediente de Supervisión Nº 00047-2021-DFI (Expediente de Supervisión), cuyas conclusiones y recomendaciones fueron las siguientes:

“V. CONCLUSIONES

38. *TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso, al no hacer efectiva la migración del plan tarifario a partir del ciclo de facturación inmediato posterior de aceptada la solicitud de las cinco (5) solicitudes de migración señaladas en el Cuadro Nº 2 del presente informe correspondiente a los números [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED].*

Cabe señalar que según el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, esta infracción se encuentra tipificada como infracción leve.

39. *TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incurrido en la infracción tipificada como grave en el literal a) del artículo 7 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones aprobada mediante Resolución Nº 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, toda vez que no entregó la información requerida, con carácter obligatorio y dentro del plazo perentorio, mediante la carta Nº 01934-DFI/2021, conforme a lo desarrollado en el numeral 4.2 del presente Informe.*

VI. RECOMENDACIÓN

40. *Se recomienda el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., por el posible incumplimiento artículo 63 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso; así como el literal a) del artículo 7 del Reglamento de Fiscalización Infracciones y Sanciones, conforme a las conclusiones arribada en el presente informe.*

(...)"



BICENTENARIO PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: [url: https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento](https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento) Clave: 178-09o2:q3YX5



2. La DFI, mediante la carta N° 272-DFI/2022, notificada el 4 de febrero de 2022, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por cuanto habría incurrido en la infracción tipificada como leve en el artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso, así como en la infracción tipificada como grave en el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS).
3. TELEFÓNICA, mediante carta N° TDP-0859-AR-ADR-22, recibida el 18 de febrero de 2022, solicitó una prórroga de treinta (30) días hábiles adicionales al plazo inicialmente otorgado, a fin de presentar sus descargos por escrito.
4. La DFI a través de la carta N° 414-DFI/2022, notificada el 23 de febrero de 2022, concedió a TELEFÓNICA el plazo adicional de diez (10) días hábiles para el envío de sus descargos, plazo que venció el día 14 de marzo de 2022.
5. TELEFÓNICA, con la carta N° TDP-1283-AR-ADR-22, recibida el 17 de marzo de 2022, presentó sus descargos por escrito (**Descargos 1**).
6. Con fecha 19 de abril de 2022, la DFI elevó el Informe N° 057-DFI/2022 (**Informe Final de Instrucción**) conteniendo el análisis de los descargos presentados por TELEFÓNICA.
7. La Gerencia General, mediante la carta N° 274-GG/2022 notificada el 22 de abril de 2022, puso en conocimiento de TELEFÓNICA el **Informe Final de Instrucción**, a fin de que formule sus Descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
8. TELEFÓNICA por medio de la carta N° TDP-1805-AR-ADR-22, recibida el 29 de abril de 2022, solicitó una prórroga de diez (10) días hábiles para presentar sus descargos por escrito, la misma que fue denegada mediante la carta N° 300-GG/2022, notificada el 3 de mayo de 2022.
9. Posteriormente, a través de la carta N° TDP-2086-AR-ADR-22, recibida el 20 de mayo de 2022, presentó sus descargos contra el **Informe Final de Instrucción (Descargos 2)**.
10. Por medio del Memorando N° 214-GG/2022 del 23 de mayo de 2022, esta Instancia solicitó a la DFI el análisis de la documentación presentada con los descargos al Informe Final de Instrucción; la misma que fue atendida a través del Memorando N° 733-DFI/2022 del 26 de mayo de 2022 (**MEMORANDO 733**).
11. Mediante Resolución N° 171-2022-GG/OSIPTEL (RESOLUCIÓN 171), notificada el 2 de junio de 2022, la Gerencia General sancionó a TELEFÓNICA con una multa de 18,8 UIT por la comisión de la infracción leve, tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto incumplió con lo dispuesto en el artículo 63 de la referida norma; y una multa de 35,2 UIT por la comisión de la infracción tipificada como grave en el literal a) del artículo 7 del RGIS, por cuanto no habría entregado la información requerida mediante la carta N° 1934-DFI/2021 dentro del plazo establecido.
12. El 23 de junio de 2022, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la RESOLUCIÓN 171.





II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 218.2 del artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, TUO de la LPAG) aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, el plazo para interponer el Recurso de Reconsideración es de quince (15) días hábiles perentorios, contados a partir del día siguiente de la notificación del acto impugnado.

Sobre el particular, de la revisión del Recurso de Reconsideración, se verifica que este fue interpuesto el 23 de junio de 2022, es decir dentro del plazo legal establecido, por lo que se cumple con dicho requisito de procedibilidad.

III. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Conforme a lo señalado en 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 impugnación y debe sustentarse en nueva prueba. De este modo, la norma exige la presentación de nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado, mientras que la impugnación cuyo sustento sea una diferente interpretación de las pruebas o cuestiones de puro derecho corresponde a un recurso de apelación.

En esa línea, Juan Carlos Morón Urbina señala lo siguiente:

"(...) para nuestro legislador no cabe la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión, con solo pedírselo, 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 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 la reconsideración".¹

En la misma línea, el Consejo Directivo del OSIPTEL, en su Resolución N° 151-2018-CD/OSIPTEL, señala que, dada la naturaleza del Recurso de Reconsideración, no corresponde que la misma autoridad se pronuncie sobre las cuestiones de puro derecho planteadas por los administrados, ni sobre cuestiones que no se encuentren vinculadas con la presentación de la nueva prueba. En dicho pronunciamiento, el referido órgano colegiado validó que la Gerencia General no se haya pronunciado respecto a los fundamentos de derecho contenidos en el Recurso de Reconsideración presentado, sino únicamente respecto a aquellos vinculados con la nueva prueba ofrecida; sin que ello signifique que la resolución impugnada no haya estado debidamente motivada.

Por consiguiente, a efecto de analizar los argumentos expresados por la administrada en su Recurso de Reconsideración, tiene que verificarse que cada uno de estos esté acompañado de nueva prueba que justifique la revisión de la decisión emitida; caso contrario, el respectivo argumento no podrá ser evaluado por el órgano de Primera Instancia, sin perjuicio del derecho del administrado de

¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444", Gaceta Jurídica, 14va Edición, Lima, 2019, Tomo II, Pág. 216.





formular los cuestionamientos que estime pertinentes mediante el Recurso de Apelación.

Ahora bien, cabe precisar que, no todo documento ofrecido por el administrado como nueva prueba realmente reviste de tal condición. Sobre el particular, el Consejo Directivo ha señalado lo siguiente en la Resolución N° 053-2022-CD/OSIPTTEL:

“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 pronunciamiento.”⁶

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”.

Del criterio anterior, se colige que aquellos documentos presentados como nueva prueba que, en realidad, no tengan por objeto desvirtuar lo resuelto por la Primera Instancia respecto a los hechos y fundamentos jurídicos que condujeron a adoptar la decisión impugnada, sino que se trata, por ejemplo, de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad; no deberán ser considerados como nuevas pruebas y, en consecuencia, las alegaciones respaldadas en estas no podrán ser evaluadas con motivo del Recurso de Reconsideración.

En consecuencia, resulta necesario que la “nueva” información proporcionada por el administrado se sustente en una nueva fuente de prueba, la cual debe tener una expresión material para que pueda ser valorada por esta Instancia.

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en su Recurso de Reconsideración, TELEFÓNICA solicita se REVOQUE la RESOLUCIÓN 171, tomando en cuenta los siguientes argumentos:

Respecto del incumplimiento del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso.

- 3.1 Solicita la evaluación razonable del PAS en virtud de las circunstancias del caso, en tanto considera que, al no tratarse de una conducta generalizada, no debió imponerse una sanción. Presenta como nueva prueba el Informe N° 006-GSF/SSDU/2017 (**Anexo 1**) y el Informe N° 036-PIA/2018 (**Anexo 2**).

Respecto de la infracción tipificada en el artículo 7 del RGIS.

- 3.2 No se ha valorado que la empresa desplegó esfuerzos y asumió costos para extraer la información requerida en el marco del presente PAS. Presenta como nueva prueba la Resolución de Gerencia General N° 157-2020-GG/OSIPTTEL (**Anexo 3**).
- 3.3 No existe obligación legal para resguardar la información solicitada por el OSIPTTEL.





3.4 El PAS no cumple con las tres (3) dimensiones del Test de Razonabilidad porque no se ha evaluado adecuadamente la imposición de medidas menos gravosas, como una medida correctiva. Presenta como nueva prueba la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTTEL (**Anexo 4**).

Respecto del argumento 3.3, sin perjuicio que similar alegación fue formulada por TELEFÓNICA en el trámite del PAS y desvirtuada en la RESOLUCIÓN 171; este no ha sido acompañado de nueva prueba, motivo por el cual no corresponde su evaluación en vía de Recurso de Reconsideración.

Con relación al numeral 3.2, TELEFÓNICA solicita valorar la aplicación de una medida menos intrusiva, toda vez que, a su criterio, el objetivo regulatorio de la supervisión se ha sido cumplido en el presente caso, puesto que, a la fecha, el OSIPTTEL ha tenido acceso de manera actual a los logs de los SMS enviados por la empresa operadora, en virtud de las campañas del OSIPTTEL; y, porque sí llegó a presentar la información relativa a las solicitudes de migración recibidas entre el 1 de octubre de 2020 al 31 de marzo de 2021. Cabe señalar, que estos argumentos también fueron sostenidos en el trámite del PAS y desestimados en la RESOLUCIÓN 171.

Sobre el particular, presenta como nueva prueba la Resolución N° 157-2020-GG/OSIPTTEL (Anexo 3), con la finalidad que se apliquen los eximentes y/o atenuantes de responsabilidad porque, a criterio de TELEFÓNICA, la conducta infractora habría cesado y no habría efectos concretos que revertir. Al respecto, la referida resolución se pronunció sobre infracciones al Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico², verificándose que se configuró la subsanación voluntaria, toda vez que TELEFÓNICA acreditó que cesó su conducta y que no se produjeron efectos que revertir; sin embargo, ello no se ha configurado en el presente procedimiento, toda vez que, tal como ha señalado la DFI y se sustenta en la RESOLUCIÓN 171, TELEFÓNICA no ha acreditado el cese de la conducta infractora tipificada en el artículo 7 del RGIS. Por tanto, la resolución ofrecida como nueva prueba no desvirtúa la fundamentación que respaldó la sanción impuesta, menos aún si se refiere a una infracción distinta.

Finalmente, respecto al argumento 3.4, TELEFÓNICA cuestiona que se haya impuesto una sanción en lugar de una medida correctiva. Cabe mencionar, que en la RESOLUCIÓN 171, como parte del juicio de necesidad, al desarrollarse el Test de Razonabilidad, se descartó la aplicación de dicha medida administrativa.

Para sustentar su posición, TELEFÓNICA ha presentado la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTTEL (Anexo 4) 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. Al respecto, dicha resolución constituye un documento que contiene el sustento jurídico de la modificación al RGIS, el mismo que, por su naturaleza, no desvirtúa los hechos que sustentaron lo resuelto en el caso en concreto.

De este modo, para fines del análisis del Recurso de Reconsideración interpuesto, los Anexos 3 y 4 no constituyen, realmente, nueva prueba, motivo por el cual

² Aprobado por Resolución N° 135-2013-CD/OSIPTTEL.





tampoco corresponde la evaluación de los argumentos 3.2 y 3.4 en la presente Resolución.

Por consiguiente, este pronunciamiento solo tomará en cuenta lo manifestado por TELEFÓNICA en el numeral 3.1.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

4.1 Sobre la razonabilidad de la sanción impuesta por el incumplimiento del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso.-

TELEFÓNICA considera que el OSIPTEL no puede pasar por alto que, en todos los casos, realizó los ajustes en las facturaciones de los clientes, con lo que no se ha generado ningún tipo de efecto perjudicial en los clientes ni ha existido beneficio ilícito alguno por la no atención de las migraciones dentro del plazo. Y que, incluso en el caso de la abonada cuya solicitud no fue atendida, al tratarse de un (1) solo caso, no amerita la imposición de una sanción. Finalmente, TELEFÓNICA manifiesta que ha demostrado que tiene la voluntad de cumplir, siendo que en todos los casos involucrados en el PAS enmendó la conducta infractora, corrigiendo cualquier efecto derivado de la misma. Para sustentar sus argumentos, la empresa ofrece como pruebas nuevas el Informe N° 006-GSF/SSDU/2017 (**Anexo 1**) y el Informe N° 036-PIA/2018 (**Anexo 2**).

En cuanto al Informe N° 006-GSF/SSDU/2017 de fecha 2 de mayo de 2017, este analiza el incumplimiento del artículo 67-B del TUO de las Condiciones de Uso en el Expediente N° 312-2015-GG-GFS. En dicho documento, la DFI (anteriormente, Gerencia de Supervisión y Fiscalización), pese a verificarse la comisión de la infracción, recomendó el archivo del PAS al no haber evidencia de daño o perjuicio económico, y por tratarse de la primera vez que TELEFÓNICA incurrió en el referido incumplimiento.

En principio, corresponde mencionar que el indicado documento está vinculado a la comisión de una infracción distinta a la evaluada en el presente PAS; por tanto, no constituye nueva prueba que desvirtúe el análisis contenido en la RESOLUCIÓN 171, toda vez que cada caso es examinado en función de sus particularidades. Además, dicha resolución de sanción sí desarrolla por qué, a criterio de esta Instancia, sí se produjo perjuicio para los abonados solicitantes.

Sobre el Informe N° 036-PIA/2018 de fecha 2 de mayo de 2018, en efecto, en este la DFI recomienda el archivo del PAS iniciado -entre otros- por el incumplimiento del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso, en función del Principio de Razonabilidad. No obstante, ello no fue porque se verificó el cumplimiento de la norma en todos los casos, sino que solo se pudo detectar la transgresión normativa con efectos perjudiciales en un (1) escenario de un total de ciento sesenta y tres (163) por los que se inició el PAS. Es más, respecto de los ciento sesenta y dos (162) restantes, también se incumplió la norma, sin embargo, estos casos se archivaron al constatarse que la migración en fecha distinta benefició a los abonados.

En contraposición, en el presente PAS, TELEFÓNICA no hizo efectiva las migraciones en cinco (5) casos, a partir del ciclo de facturación inmediato posterior de aceptada la solicitud, incurriendo en la infracción tipificada como leve en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso. Así, en cuatro (4) casos, el rango de días transcurridos entre la solicitud y la migración efectiva estuvo entre





ochenta y dos (82) a doscientos ochenta y siete (287) días, y en un (1) caso, no se efectuó la migración puesto que el abonado solicitó la baja del servicio al no haberse cumplido con su solicitud inicial, por lo que, en todos los casos, se excede de los treinta (30) días, los mismos que, como máximo, computarían de manera preliminar, un ciclo de facturación.

En cuanto a la migración que no llegó a ejecutarse, es de indicar que, a pesar de que la solicitud de la señora [REDACTED] fue presentada el día 18 de febrero de 2020, y reiterada el 28 de agosto de 2020, es decir seis (6) meses después, no fue atendida de manera oportuna, siendo que de manera posterior la abonada dio de baja su servicio, debido a la falta de diligencia de la propia TELEFÓNICA.

En este caso, como se expuso en la RESOLUCIÓN 171, debe precisarse que, la afectación generada al abonado por el retraso de efectuar la migración de plan solicitado, o no haberla efectuado, constituye un perjuicio concreto que no es posible de revertir; pues ello no permitió que el abonado cuente con un plan tarifario que se ajuste más a sus necesidades durante un determinado periodo de tiempo. Ello sin perjuicio de la gravedad que reviste que, en un (1) caso, la migración no pudo concretarse por causa atribuible a TELEFÓNICA.

Por tanto, esta Instancia reitera que la sanción impuesta a TELEFÓNICA por el incumplimiento del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso es la adecuada y satisface el Principio de Razonabilidad, acorde al análisis efectuado en la RESOLUCIÓN 171.

Asimismo, conforme se ha expuesto, las pruebas ofrecidas como Anexos 1 y 2, no desvirtúan los fundamentos de la sanción impuesta, razón por la que corresponde desestimar las alegaciones de TELEFÓNICA en este extremo.

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41 del Reglamento General del OSIPTEL;

POR LO EXPUESTO, de conformidad con el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 171-2022-GG/OSIPTEL y, en consecuencia, **CONFIRMAR** todos sus extremos; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por: CIFUENTES
CASTAÑEDA Sergio Enrique FAU
20216072155 soft

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES
CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
uri: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 178-09o2:q3YX5