



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 00194-2022-CD/OSIPTEL

Lima, 2 de noviembre de 2022

Table with 3 columns: Field (EXPEDIENTE Nº, MATERIA, ADMINISTRADO), Separator (:), and Value (076-2021-GG-DFI/PAS, Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución Nº 088-2022-GG/OSIPTEL, VIETTEL PERÚ S.A.C.)

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C.(en adelante, VIETTEL) contra la Resolución Nº 088-2022-GG/OSIPTEL mediante la cual se sancionó a VIETTEL con una multa de cuarenta (40) UIT, al haber incurrido en la infracción tipificada en el Artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones1 (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), al haber incumplido lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 17 de la referida norma.
(ii) El Informe Nº 275-OAJ/2022 del 20 de octubre de 2022, de la Oficina de Asesoría Jurídica, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y
(iii) El Expediente Nº 076-2021-GG-DFI/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante la carta Nº 1945-DFI/2021, notificada el 20 de septiembre de 2021, la DFI comunicó a VIETTEL el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) por la comisión de la siguiente infracción:

Table with 4 columns: Norma Incumplida, Tipificación, Conducta Imputada, Calificación. Row 1: Artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, Artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, Habría incumplido un (1) modelo de contrato, en el cual se incluyó una cláusula que permitiría establecer un plazo forzoso al servicio público móvil, Leve

- 1.2. El 4 de octubre de 2021, VIETTEL presentó sus descargos.
1.3. Mediante Resolución Nº 088-2022-GG/OSIPTEL, notificada el 24 de marzo de 2022, la Primera Instancia declaró la responsabilidad administrativa de VIETTEL; y, en consecuencia, la sancionó con 40 UIT.
1.4. El 19 de abril de 2022, VIETTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución Nº 088-2022-GG/OSIPTEL.
1.5. Mediante Memorando Nº 492-OAJ/2022, de fecha 10 de mayo de 2022, la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC) se sirva evaluar la determinación de la multa impuesta por la Primera Instancia2.

1 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.
2 Cabe indicar que, mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 065-2022-CD/OSIPTEL de fecha 5 de abril de 2022, recaída en el Expediente Nº 001-2021-GG-DFI/PAS, dicho órgano colegiado señaló, en atención a la aplicación de la





- 1.6. El 6 de junio de 2022, VIETTEL solicitó el uso de la palabra.
- 1.7. Mediante Memorando N° 286-DPRC/2022, de fecha 9 de junio de 2022, la DPRC solicitó la ampliación de plazo para atender el pedido formulado mediante Memorando N° 492-OAJ/2022.
- 1.8. Mediante Memorando N° 542-DPRC/2022, de fecha 22 de setiembre de 2022, la DPRC atendió el pedido de la Oficina de Asesoría Jurídica.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el Artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones³ (en adelante RGIS) y los Artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por VIETTEL, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

3.1 Sobre la aplicación del eximente de responsabilidad

VIETTEL sostiene que resultaría aplicable el eximente de subsanación voluntaria, toda vez que el contrato “PCS Control Corporativo” (en adelante, el Contrato PCS - Corporativo) –en cuya Cláusula Cuarta se establecía un plazo forzoso respecto al servicio público móvil– se habría dejado de utilizar con anterioridad al inicio del presente PAS, sin que medie el requerimiento expreso por parte del OSIPTEL. Asimismo, VIETTEL refiere que no existirían efectos que revertir, en tanto: (i) no cuenta con abonados activos que hayan suscrito dicho contrato; y, (ii) el único abonado que suscribió el Contrato PCS - Corporativo no presentó reclamo alguno respecto a la duración de dicho instrumento.

Sobre el particular, es relevante indicar que, según el literal f) del numeral 1 del Artículo 257 del TUO de la LPAG, constituye condición eximente de la responsabilidad por infracciones, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

Dicha disposición ha sido recogida en el Artículo 5 del RGIS, conforme a los siguientes términos:

“Artículo 5.- Eximentes de responsabilidad

Se consideran condiciones eximentes de responsabilidad administrativa las siguientes:

(...)

iv) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el Artículo 22.

Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL; que atendiendo a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, esta podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto, lo cual implicaría un supuesto de aplicación de retroactividad en caso favorezca al infractor.

³ Debe indicarse que, el Consejo Directivo del OSIPTEL a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Para tales efectos, deberá verificarse que la infracción haya cesado y que se hayan revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, la subsanación deberá haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación, expresamente consignado en carta o resolución.

(...).”

(Subrayado agregado)

Complementariamente, en la “Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador” emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁵ se señala lo siguiente:

“2.4. Eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa

(...)

Cabe indicar que este supuesto no solo consiste en el cese de la conducta infractora sino que, cuando corresponda, la subsanación implica la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido derivados de la conducta infractora. Ello con la finalidad de no generar impunidad y evitar que el imputado se apropie del beneficio ilícitamente obtenido por la infracción.

(...).”

(Subrayado agregado)

En ese sentido, dependiendo de la naturaleza de la obligación, existirán incumplimientos cuya subsanación será necesaria, además del cese de la conducta y la reversión de los efectos; no obstante, habrá otros incumplimientos cuyos efectos resulten irreversibles, fáctica y jurídicamente. Por ende, conforme a lo sostenido por el Consejo Directivo, “(...) el análisis sobre la reversión de efectos debe realizarse caso por caso, en tanto depende de la naturaleza de la infracción en la que se ha incurrido”⁶.
(Subrayado agregado)

Sobre el particular, este Colegiado comparte lo sostenido por la Primera Instancia⁷, en el sentido que VIETTEL cesó la conducta infractora antes del inicio del presente PAS, en tanto considerando los medios probatorios, no ofrecería contratos con cláusulas que establezcan algún plazo forzoso asociado a la prestación del servicio público móvil. En ese sentido, la Primera Instancia aplicó un descuento de veinte por ciento (20%) sobre la multa estimada.

Ahora bien, en cuanto a la reversión de efectos, este Colegiado considera relevante destacar que la naturaleza de la obligación⁸ contenida en el quinto párrafo del Artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, está referida a la prohibición de incluir cláusulas que no se ajustan al ordenamiento jurídico vigente, conforme se detalla a continuación:

“Artículo 17.- Cláusulas generales y adicionales de contratación

(...)

La empresa operadora se encuentra prohibida de incluir en sus modelos de contrato de abonado y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere, cláusulas que no se ajusten a la normativa vigente”.

(Subrayado agregado)

⁵ Aprobada mediante Resolución Directoral N° 002-2017-JUS/DGDOJ.

⁶ Mayor detalle en la Resolución N° 040-2021-CD/OSIPTEL.

⁷ Al respecto, la Primera Instancia precisa lo siguiente:

“Sobre el particular, de la revisión de las cartas que alega VIETTEL, efectivamente se advierte que se trata de la remisión de dieciséis (16) contratos tipo, que estarían en circulación desde junio de 2021, y de la revisión de cada uno de los contratos remitidos se verifica que no hacen alusión a un plazo forzoso, así como que el contrato denominado “CONTRATO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE COMUNICACIONES PERSONALES (PCS) • CONTROL CORPORATIVO”, que fue objeto de la supervisión que dio origen al presente PAS, no se encuentra en el listado de contratos que remitió la empresa. Por tanto, se entiende -acorde con lo concluido por la DFI- que el referido modelo ya no sería utilizado por VIETTEL a la fecha. (...).”

⁸ Cabe indicar que, dicha disposición normativa fue empleada durante el periodo de supervisión comprendido entre el 1 de enero al 31 de marzo de 2021.





En el presente caso, conforme a la Cláusula Cuarta del Contrato PCS – Corporativo suscrito por APORTA Desarrollo Sostenible Asociación Civil (en adelante, El Cliente), se advierte lo siguiente:

“CUARTA: PLAZO DEL CONTRATO

EL Contrato se pacta a plazo indeterminado, salvo que EL CLIENTE haya optado por contratarlo a plazo forzoso según se detalla en el Anexo 1. La contratación a plazo forzoso contendrá condiciones económicas y/o comerciales de mayor ventaja para EL CLIENTE respecto a la contratación a plazo indeterminado. La vigencia del contrato se iniciará a partir de la fecha de activación del servicio. En caso EL CLIENTE haya optado por contratar a plazo forzoso, transcurrido dicho plazo, el Contrato devendrá en uno a plazo indeterminado”.

Adicionalmente, en el Anexo 1 del Contrato PCS – Corporativo se advierte lo siguiente:

VIGENCIA DEL CONTRATO	
Plazo Indeterminado []	Plazo Forzoso [X] por 2 meses

Siendo ello así, este Colegiado verifica que, contrariamente a lo dispuesto en el quinto párrafo del Artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, VIETTEL incluyó la contratación del servicio público móvil a plazo forzoso; aspecto que no se ajusta a lo previsto en dicha disposición normativa, en tanto el Artículo 15 del TUO de las Condiciones de Uso precisa que en dicho servicio la empresa operadora únicamente podrá celebrar contratos de abonado a plazo indeterminado.

En ese sentido, atendiendo a la naturaleza de la obligación contenida en el quinto párrafo del Artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso y conforme a lo expuesto por el Consejo Directivo⁹ no resulta factible la reversión de los efectos de la conducta infractora, en la medida que constituye un supuesto que se agota en la mera realización de la conducta (infracción de resultado); por lo que un reconocimiento posterior de los hechos o la corrección de estos, no desvirtúa en ningún caso la infracción incurrida, una vez que esta ha sido determinada, tal como ocurrió durante la supervisión en la cual se detectó la conducta infractora contenida en la Cláusula Cuarta del Contrato PCS – Corporativo.

Así, este Colegiado considera que la inclusión de la Cláusula Cuarta del Contrato PCS distorsiona el mercado del servicio público móvil respecto a los otros competidores, cuyos modelos de contrato se encontraban conforme a lo establecido en la referida disposición normativa, lo cual incluye la duración del contrato de abonado de acuerdo a lo previsto en el Artículo 15 del TUO de las Condiciones de Uso.

Además, este Colegiado comparte lo sostenido por la Primera Instancia en el sentido que:

(...) en el contrato de prestación de servicios que VIETTEL ofrece como medio probatorio (incluyendo el Anexo 1), suscrito el 27 de enero de 2021, claramente se expresa en la Cláusula Cuarta que “la contratación a plazo forzoso contendrá condiciones económicas y/o comerciales de mayor ventaja para EL CLIENTE respecto a la contratación a plazo indeterminado.”. Esto quiere decir que, incluir la posibilidad de contratar a plazo forzoso en aquellas situaciones prohibidas por la norma, condiciona indebidamente la decisión de consumo del cliente; el cual, con la finalidad de obtener mejores condiciones, puede incluso descartar los planes ofrecidos por otras empresas operadoras que únicamente ofrecen el servicio a plazo indeterminado, como exige el TUO de las Condiciones de Uso, lo cual también afecta la competencia en el mercado. (Subrayado agregado)



⁹ Mayor detalle en la Resolución N° 0185-2022-CD/OSIPTEL.



Ahora bien, es menester señalar que si bien VIETTEL alega que: (i) no cuenta con abonados activos que hayan suscrito el Contrato PCS – Corporativo; y, (ii) el único abonado no presentó reclamo respecto a la duración del Contrato; tales argumentos no configuran alguna procedencia en la aplicación del eximente de responsabilidad, toda vez que la naturaleza de la obligación contenida en el quinto párrafo del Artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso se encuentra asociada a un carácter prohibitivo a cargo de la empresa operadora, lo cual incumplió al incluir la duración del contrato a plazo forzoso en la prestación del servicio público móvil, de acuerdo a los propios términos de la Cláusula Cuarta del Contrato PCS – Corporativo.

Bajo tales consideraciones, no corresponde la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria invocado por VIETTEL; y, en consecuencia, carece de asidero lo expuesto por la empresa operadora en el presente extremo.

3.2 Sobre la determinación de la multa

VIETTEL manifiesta que la multa impuesta no ha sido calculada en base a la “Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL”¹⁰ (en adelante, Metodología de Cálculo de Multas – 2021); y, en tal sentido, VIETTEL refiere que no existe certeza de los factores utilizados por la Primera Instancia para imponer la multa del presente caso. En ese sentido, solicita que la multa sea recalculada en base a los parámetros aprobados en la Metodología de Cálculo de Multas – 2021.

Sobre el particular, de la revisión de la Resolución de Primera Instancia N° 088-2022-CD/OSIPTEL, mediante la cual se sancionó a VIETTEL en el presente PAS, se advierte que la Primera Instancia evaluó: a) los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del Artículo 248 del TUO de la LPAG; esto es: beneficio ilícito, la probabilidad de detección; las circunstancias de la comisión de la infracción, entre otros; y, b) los parámetros previstos en el Artículo 25 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

No obstante, 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.

Así, conforme al Principio de Retroactividad Benigna 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.

Teniendo en cuenta ello, en el presente PAS, la multa impuesta a través de la Resolución N° 088-2022-GG/OSIPTEL fue calculada considerando los criterios contenidos en la Guía de Multas – 2019; por lo que corresponde evaluar si con la Metodología de Cálculo de Multas – 2021 podría establecerse una cuantía menor en la multa calculada bajo la metodología anterior.

Bajo tales consideraciones, y considerando lo expuesto por VIETTEL, se solicitó que la DPRC evalúe la multa impuesta bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas – 2021. Siendo ello así, mediante el Memorando N° 542-DPRC/2022, la DPRC remitió la referida evaluación, la cual se detalla en el Anexo.

¹⁰ Aprobado por el Consejo Directivo mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.





En ese sentido, atendiendo a lo previsto en la Metodología de Cálculo de Multas – 2021 y la aplicación del atenuante por el cese de la conducta infractora, se advierte el siguiente resultado:

Conducta	Multa impuesta mediante Res. N° 088-2022-GG/OSIPTEL (Calculada bajo los criterios de la Guía de Multas del 2019)	Multa aplicando la Metodología de Cálculo de Multas – 2021
La empresa operadora se encuentra prohibida de incluir en sus modelos de contrato de abonado y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere, cláusulas que no se ajusten a la normativa vigente.	40 UIT	62 UIT

Considerando el nuevo valor en la Metodología de Cálculo de Multas – 2021, se advierte que, la cuantía de la multa por el incumplimiento del quinto párrafo del Artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso es superior a la sanción impuesta por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 088-2022-GG/OSIPTEL; por lo que, no corresponde la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas – 2021 en tanto no resulta más favorable.

Finalmente, en atención al Principio de Transparencia, y como parte de la aplicación del nuevo Régimen de Calificación de Infracciones, así como de la Metodología de Cálculo de Multas – 2021, se adjunta como Anexo el cálculo de la cuantía de las multas impuestas en el presente PAS.

IV. SOBRE LA SOLICITUD DE INFORME ORAL

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

En la misma línea opina Morón tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional¹¹ concluyendo que el derecho a exponer alegatos oralmente no es absoluto, sino que la autoridad puede decidir denegar dicho derecho cuando existan razones objetivas y debidamente motivadas¹².

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

“En el caso de autos se aduce una presunta afectación al derecho de defensa, sustentada en que supuestamente la Sala Superior emplazada habría resuelto el recurso sin dar oportunidad de que se lleve a cabo el informe oral del actor. El Tribunal en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que

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

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

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio al derecho de defensa la imposibilidad del informe oral. Que en el caso de autos el mismo escrito de apelación de la resolución que denegó la variación del mandato de detención expresaba los argumentos que sustentan su pretensión, por lo que no se advierte la afectación al derecho constitucional invocado.”
(Subrayado agregado)

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

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

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

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

Por lo expuesto, este Colegiado considera que no corresponde otorgar el informe oral solicitado por VIETTEL.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del Artículo 8 de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 894/22 de fecha 25 de octubre de 2022.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por VIETTEL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 088-2022-GG/OSIPTEL.

Artículo 2°.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

- (i) La notificación de la presente Resolución y su Anexo, así como el Informe N° 275-OAJ/2022 a la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C.;
- (ii) La publicación de la presente Resolución y su Anexo, el Informe N° 275-OAJ/2022 y la Resolución N° 088-2022-GG/OSIPTEL, en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

- (iii) Poner en conocimiento la presente Resolución a la Oficina de Administración y Finanzas del OSIPTEL, para los fines respectivos.

Regístrese y comuníquese,

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente Ejecutivo

