

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
CC	:	FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 365-2022- GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00007-2022-GG-DFI/MC
FECHA	:	5 de diciembre de 2022

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



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 365-2022-GG/OSIPTEL, que impuso una medida correctiva al haberse verificado el incumplimiento de lo dispuesto en el literal ii del numeral 3.2 del Anexo 11 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹ (en adelante, Reglamento de Calidad), referido a la “Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet” durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. El 26 de mayo de 2022, a través de la carta N° 1238-DFI/2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento de imposición de Medida Correctiva (en adelante, MC) por el presunto incumplimiento del literal ii del numeral 3.2 del Anexo 11 del Reglamento de Calidad, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presente sus descargos.
- 2.2. Posteriormente, mediante carta N° 1838-DFI/2022, notificada el 8 de agosto de 2022, la DFI rectificó errores materiales contenidos en el Informe de Supervisión N° 006-DFI/SDF/2022 y el Informe N° 00124-DFI/SDF/2022; y, remitió copia del Expediente de Supervisión N° 00211-2019-GSF, otorgando un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que, de considerarlo pertinente, TELEFÓNICA presente sus descargos.
- 2.3. El 31 de agosto 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 158-DFI/2022, mediante el cual analizó los descargos presentados por TELEFÓNICA.
- 2.4. A través de la carta N° TDP-3331-AR-GER-22, recibida el 5 de septiembre de 2022, TELEFÓNICA presentó información sobre las imputaciones expuestas mediante carta N° 1238-DFI/2022.
- 2.5. En atención a ello, mediante el Memorando N° 349-GG/2022, de fecha 14 de septiembre de 2022, la Gerencia General solicitó a la DFI la evaluación de la información remitida por TELEFÓNICA mediante su carta N° TDP-3331-AR-GER-22. Dicha solicitud fue atendida por la DFI mediante Memorando N° 1339-DFI/2022 de fecha 20 de septiembre de 2022.
- 2.6. Mediante Resolución N° 365-2022-GG/OSIPTEL de fecha 7 de noviembre de 2022, la Primera Instancia impuso una medida correctiva a TELEFÓNICA en los siguientes términos:

*“Artículo 1.- Imponer una **MEDIDA CORRECTIVA** a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** disponiendo lo siguiente:*

- i. **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** deberá remitir, en un plazo máximo de veinte (20) días calendario, contados desde el día siguiente de la notificación de la presente*

¹ Aprobado por Resolución N° 123-2014-CD/OSIPTEL



Resolución, un cronograma de acciones a implementar, a fin de corregir los errores de funcionalidad detectados en la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet, a fin que se garantice las mediciones de los siguientes parámetros: (i) Tasa de Transferencia de Datos (de subida y bajada, expresado en múltiplos de bps); y, (ii) Latencia (en milisegundos), según lo establecido en el “Instructivo Técnico para la supervisión de los indicadores aplicables al servicio de acceso a Internet según lo establecido en el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, aprobado por la Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTEL.

Dicho cronograma no podrá tener una duración mayor a cuatro (4) meses, contados desde el vencimiento del plazo inicial de remisión de veinte (20) días calendario.

- ii. Transcurrido el plazo establecido en el cronograma señalado en el numeral (i) precedente, la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet de **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** no deberá registrar errores de funcionalidad en el proceso de medición de los parámetros (i) Tasa de Transferencia de Datos (de subida y bajada, expresado en múltiplos de bps); y, (ii) Latencia (en milisegundos), de conformidad con lo dispuesto en el “Instructivo Técnico para la supervisión de los indicadores aplicables al servicio de acceso a Internet según lo establecido en el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, aprobado por la Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTEL.*

***Artículo 2°.** - El incumplimiento de cada una de las obligaciones dispuestas en los numerales (i) y (ii) precedentes, constituye infracción, de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL”.*

- 2.7. El 25 de noviembre de 2022, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 365-2022-GG/OSIPTEL solicitando –entre otros- audiencia oral, a fin de exponer y sustentar sus argumentos de defensa ante el Consejo Directivo.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones², en adelante RGIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

² 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.

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS



5.1. Sobre la razonabilidad de la imposición de la medida correctiva

TELEFÓNICA refiere que para la imposición de la medida correctiva no se habría valorado el hecho de que no cuenta con antecedentes de incumplimiento de la referida conducta y que, las veintitrés (23) incidencias detectadas en el periodo no son reiteradas y son aisladas.

Agrega que, las circunstancias relacionadas a los hechos infractores y la baja gravedad de la afectación del bien jurídico constituyen incumplimientos excepcionales que no debieron culminar en la imposición de una correctiva; sino que el OSIPTEL debió optar por mecanismos menos invasivos como una medida de advertencia.

Al respecto, es importante indicar que en atención al Principio de Razonabilidad contenido en el numeral 1.4⁴ del inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción en su cometido.

Ahora bien, tal y como ha señalado la Primera Instancia, en el presente procedimiento se ha evidenciado que TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto por literal ii del numeral 3.2 del Anexo 11 del Reglamento de Calidad, respecto al correcto funcionamiento de la "Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet" en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020, al haberse verificado que:

- (i) No ha cumplido con presentar medio probatorio idóneo que sustente que el almacenamiento de la totalidad de la información de mediciones en su base de datos, así como de sus respectivos historiales, sea de forma permanente.
- (ii) La herramienta de medición para Smartphone/Tablet si bien registra datos válidos para los campos requeridos, también se advierte –en una selección de registros- que no registró datos válidos en bps o milisegundos que reflejen el valor consignado en su base de datos.

Dicha conducta vulnera los derechos del usuario a obtener información sobre su servicio de internet móvil, permitiéndole verificar el cumplimiento del servicio contratado; así como, perjudica la función supervisora del OSIPTEL al afectar los tiempos de duración de las acciones de supervisión para verificar el cumplimiento del indicador de Cumplimiento de velocidad mínima (CVM).

⁴ **“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)

1.4. Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.



Teniendo en cuenta ello, y en línea con lo señalado por el Tribunal Constitucional⁵, esta Oficina considera que la medida a ser adoptada debe ser adecuada para alcanzar el fin público que busca tutelar, que en este caso se encuentra vinculado al cumplimiento de la obligación de mantener en correcto funcionamiento la Herramienta de Medición, así como, la corrección de su comportamiento adecuándose a la normativa vigente.

En ese sentido, a través de la imposición de la medida correctiva lo que se busca es que TELEFÓNICA asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando todas las medidas y acciones que resulten necesarias, con la finalidad de que cumpla con implementar las medidas pertinentes a fin de corregir los errores de funcionalidad detectados en la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet.

De otro lado, respecto al cuestionamiento de TELEFÓNICA sobre la existencia de medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que permitan alcanzar el mismo fin, como la adopción de la medida de advertencia, cabe resaltar que ello corresponde a una facultad del OSIPTEL, la cual se utilizará según la trascendencia del bien jurídico protegido y afectado en el caso concreto, dentro de ciertos límites; es decir, la elección de dichas medidas no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

Asimismo, la emisión de Medidas de Advertencia tenía un carácter facultativo y sólo aplicaba a los supuestos establecidos taxativamente en el artículo 30 del Reglamento General de Supervisión vigente al momento de llevarse a cabo la supervisión; sin embargo, su aplicación no era automática, sino que estaba supeditada a la evaluación del caso en concreto y al Principio de Razonabilidad.

Por ello, su aplicación no resultaba viable ya que al advertirse que TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto por el literal ii del numeral 3.2 del Anexo 11 del Reglamento de Calidad, no existen alternativas menos gravosas que satisfagan de manera igualmente satisfactoria la corrección de dichos incumplimientos.

Bajo los argumentos expuestos, se concluye que la imposición de una medida correctiva constituye una medida eficaz, que permitirá generar un efecto disuasivo de modo tal que TELEFÓNICA implemente las acciones necesarias para corregir los errores de funcionalidad detectados en la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet.

Finalmente, a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA, esta Oficina advierte que la Primera Instancia sí evalúo la razonabilidad de la medida a ser impuesta, conforme se advierte en el numeral 3.3 de la Resolución N° 365-2022-GG/OSIPTEL; por lo que aun cuando TELEFÓNICA no comparta el sustento de los criterios expuestos, no se puede afirmar que aquella adolezca del análisis correspondiente.



⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que toda medida que implique la intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente válido (Confróntese con el fundamento décimo tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de abril de 2007, recaída en el Expediente N° 1767-2007-PA/TC. Consulta realizada el 21 de julio de 2022. Dirección URL: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01767-2007-AA.pdf>).

5.2. 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 Constitucional⁶ 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 motivadas⁷.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo⁸, bajo el siguiente fundamento:

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

(Subrayado agregado)

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

En esa misma línea, el numeral (v) del artículo 22 del RGIS⁹ 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.

⁶ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA

⁷ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

⁸ 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.

⁹ Disposición incluida mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.



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

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

V. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 365-2022-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, CONFIRMAR la medida correctiva impuesta.

Atentamente,

