

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° 392-2021- GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00064-2016-GG-GFS/PAS
FECHA	:	25 de octubre de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ANALISTA LEGAL EN TEMAS DE TRANSPARENCIA	ROXANA PATRICIA DÍAZ IBERICO
REVISADO Y APROBADO POR	ABOGADO COORDINADOR	ROCÍO ANDREA OBREGÓN ÁNGELES



I. OBJETO

El presente informe analiza el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 392-2021-GG/OSIPTEL, mediante la cual se declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL, que impuso a dicha empresa ocho (8) sanciones de multa, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (hoy Reglamento General de Infracciones y Sanciones – en adelante, RGIS)¹, al haber remitido información inexacta en los reportes trimestrales sobre el servicio de internet móvil de los años 2014 y 2015 solicitados mediante las cartas N° 1111-GG.GPRC/2014 y N° 695-GG.GPRC/2015, respectivamente.

II. ANTECEDENTES

- 2.1 Mediante carta N° 1899-GSF/2016 notificada el 26 de septiembre de 2016, la entonces Gerencia de Supervisión y Fiscalización (hoy Dirección de Fiscalización e Instrucción – en adelante DFI²) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), al presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 9 de RGIS, toda vez que, remitió inexacta en los reportes trimestrales sobre el servicio de internet móvil de los años 2014 y 2015 solicitados mediante las cartas N° 1111-GG.GPRC/2014 y N° 695-GG.GPRC/2015, respectivamente.
- 2.2 El 23 de noviembre de 2016, TELEFÓNICA emitió sus descargos a través de la carta N° TP-AG-GGR-2847-16 y, posteriormente, el 13 de enero de 2017 presentó descargos adicionales a través de la carta N° TP-0133-AG-GGR-17.
- 2.3 Mediante carta N° 233-GFS/2017 notificada el 26 de enero de 2017, la DFI informó a TELEFÓNICA sobre la rectificación de un error material observado en la carta N° 1899-GFS/2016; otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que remita sus alegatos.
- 2.4 Mediante carta N° TP-0555-AR-GGR-17 recibida el 16 de febrero de 2017, TELEFÓNICA remitió el escrito de descargos.
- 2.5 Con fecha 6 de diciembre de 2017, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 206-GSF/2017 (Informe Final de Instrucción), conteniendo el análisis de los descargos presentados por la empresa operadora, el mismo que fue puesto en conocimiento de TELEFÓNICA a través de la carta N° 1352-GG/2017, notificada el 7 de diciembre de 2017, a fin de que presente sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.

¹ 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

² Denominación acorde con lo previsto en el Decreto Supremo N° 160-2020-PCM que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL y la Resolución de Presidencia N° 094-2020-PD/OSIPTEL que aprueba la sección segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, ambos publicados en el Diario Oficial El Peruano el 2 y 9 de octubre de 2020, respectivamente.



- 2.6 Con carta N° TP-3880-AG-GGR-17, de fecha 15 de diciembre de 2017, TELEFÓNICA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- 2.7 A través de la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL notificada el 22 de diciembre de 2017, la Gerencia General impuso a TELEFÓNICA ocho (8) multas de 150 UIT, cada una, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9 del RGIS, toda vez que, remitió información inexacta en cada uno de los reportes trimestrales sobre el servicio de internet móvil de los años 2014 y 2015 solicitados mediante las cartas N° 1111-GG.GPRC/2014 y N° 695-GG.GPRC/2015, respectivamente.
- 2.8 El 17 de enero de 2018, a través de la carta N° TDP-0117-AR-ADR-18, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración y, además, solicitó se le otorgue audiencia de informe oral, la misma que se llevó a cabo el 19 de setiembre de 2018.
- 2.9 El 18 de octubre de 2021, TELEFÓNICA solicitó la caducidad del PAS.
- 2.10 A través de la Resolución N° 392-2021-GG/OSIPTEL, notificada el 19 de octubre de 2021, se declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL y, como consecuencia de ello, se modificaron de 150 UIT a 113,20 UIT, cada una de las multas impuestas.
- 2.11 Complementariamente, debe indicarse que en la tramitación del Expediente N° 00076-2016-GG-GFS/PAS, a través de la Resolución N° 393-2021-GG/OSIPTEL, la Primera Instancia declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa TELEFÓNICA contra la Resolución N° 318-2017-GG/OSIPTEL y, en consecuencia:
- (i) Confirmar la responsabilidad de TELEFÓNICA por la comisión de la infracción al artículo 7 del RGIS, al haberse verificado la entrega de información incompleta a través de las comunicaciones N° TP-AR-AIR-2523-15 y N° TP-AR-AIR-3257-15; y
 - (ii) Revocar la multa impuesta 45,9 UIT, al haberse determinado el concurso de infracciones con relación al procedimiento administrativo sancionador seguido en el Expediente N° 00064-2016-GG-GFS/PAS.
- 2.12 Mediante escrito presentado el 10 de noviembre de 2021, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 392-2021-GG/OSIPTEL.
- 2.13 Con Memorando N° 00427-DPRC/2022, de fecha 16 de agosto de 2022, la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC) dio atención al requerimiento de la Oficina de Asesoría Jurídica, efectuando un análisis de la factibilidad de la aplicación de la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL (en adelante, Metodología de Multas 2021), aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL el 2 de diciembre del 2021.
- 2.14 A través del Memorando N° 1027-OAJ/2022 de fecha 1 de setiembre de 2022, el Director de la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó abstención al amparo de lo previsto



en el numeral 2 del artículo 99 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, TUO de la LPAG).

- 2.15 Mediante Memorando N° 00048-PD/2022, del 5 de setiembre de 2022, se designó a la señorita Rocío Andrea Obregón Ángeles, Abogado - Coordinador de la Oficina de Asesoría Jurídica, para que se encargue de resolver el Recurso de Apelación en el presente procedimiento.

III. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del TUO de la LPAG, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos de TELEFÓNICA son los siguientes:

- 4.1 El procedimiento administrativo sancionador habría caducado al no existir notificación válida.
- 4.2 La imputación de cargos inicialmente realizada ha sido arbitraria e ilegalmente variada en el trámite del procedimiento administrativo.
- 4.3 Se habría vulnerado el Principio de Legalidad, al no existir sustento jurídico alguno para determinar múltiples incumplimientos por información inexacta en base a un solo acto.
- 4.4 Las multas impuestas resultarían contrarias al Principio de Razonabilidad y al deber de motivación, en tanto no existe comprobación, documentos o datos certeros en torno a los supuestos costos evitados, beneficio ilícito y/o agravantes para la imposición de sanciones.
- 4.5 La resolución impugnada contraviene el Principio de Predictibilidad e Igualdad, al imponer multas excesivamente onerosas en comparación a otros procedimientos sancionadores en los cuales se habría fijado el monto de la multa mínima correspondiente a una infracción grave por información inexacta.
- 4.6 Correspondería aplicar medidas menos gravosas e igualmente idóneas para el logro de los objetivos regulatorios, en atención a las necesidades del organismo regulador.

V. ANÁLISIS

5.1 Sobre la Caducidad del Procedimiento invocada por TELEFÓNICA.-

TELEFÓNICA manifiesta que, a través de la carta N° 1417-GG/2017, la Gerencia General notificó la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL verificando que, entre los fundamentos utilizados por la Primera Instancia para motivar su decisión se hace remisión a los criterios que habrían sido desarrollados en la Resolución N° 148-2016-

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



GG/OSIPTEL, sin que dicho documento haya sido adjuntado en la carta antes citada; vulnerando el deber de motivación establecido en el artículo 6 del TUO de la LPAG.

De acuerdo a ello, sostiene que, en tanto no se ha cumplido con subsanar las deficiencias de la notificación de la carta N° 1417-GG/2017 de fecha 22 de diciembre de 21 y no existe una notificación válida de la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL que resuelve el fondo del asunto en el caso bajo análisis, solicita la caducidad del procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, es preciso indicar que, no es certero señalar que la Gerencia General haya motivado su decisión en lo establecido en la Resolución N° 148-2016-GG/OSIPTEL, toda vez que la referencia a la referida Resolución tiene como finalidad reafirmar el criterio referido a que corresponde la imposición de una sanción – en el presente caso, de multa - por cada período en el que se haya verificado la configuración de la infracción.

En esa línea – contrario a lo señalado por TELEFÓNICA - se emitió la carta de imputación de cargos N° 233-GFS/2017, mediante la cual se comunica a la empresa la posibilidad de que la Gerencia General imponga multas equivalentes entre 51 y 150 UIT, por cada una infracción verificada siendo que, en el presente PAS, la infracción referida a la entrega de información inexacta obedece a cada uno de los reportes que la empresa debió remitir de manera trimestral, durante los años 2014 y 2015.

Así, la propia Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL, al momento de desarrollar y analizar el cuestionamiento de la empresa referido a la imposición de sanciones por cada trimestre, indica lo siguiente:

“Finalmente, sobre el cuestionamiento realizado por TELEFÓNICA respecto a la posibilidad de determinarse en su contra más de una sanción por la infracción imputada, esta instancia advierte que siempre que la entrega de información está referida a periodos diferenciados en trimestres, los mismos no pueden ser considerados como un mismo supuesto de incumplimiento y por tanto como una misma infracción; toda vez que por su naturaleza constituyen infracciones instantáneas que se configuran al momento en el que la empresa operadora hace la entrega de la información inexacta al OSIPTEL. Asimismo, esta instancia advierte que no sería la primera vez que TELEFÓNICA sería sancionada con una multa por cada infracción relacionada a un periodo de entrega de información, razón por la cual no existiría vulneración alguna al principio de predictibilidad”.

(Subrayado agregado)

Como podemos apreciar, la Resolución de Gerencia General N° 148-2016-GG/OSIPTEL aludida por TELEFÓNICA, no sustenta ni motiva la decisión de la Primera Instancia contenida en la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL, siendo que la decisión de imponer una sanción por cada trimestre tiene correlación con la carta de imputación de cargos, la cual ha sido debidamente motivada por la propia resolución de Primera Instancia.

En dicho contexto, consideramos que la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL, contiene la motivación expresa de los incumplimientos atribuidos a la empresa



operadora así como las razones jurídicas que sustentan las multas impuestas, sobre la base de lo dispuesto en el TUO de la LPAG⁴.

Tomando en cuenta lo anterior, con relación al argumento esgrimido por TELEFÓNICA referente a la supuesta notificación defectuosa tanto de la carta N° 1417-GG/2017 así como de la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL, se advierte que, la misma es plenamente eficaz desde su notificación el 22 de diciembre de 2017⁵ siendo que, el pronunciamiento emitido por la Primera Instancia en tal ocasión es válido, razón por la cual se descarta la supuesta caducidad del presente PAS.

En consecuencia, quedan desestimados los cuestionamientos planteados en este extremo del recurso, pues se evidencia que la resolución sancionadora de este PAS ha sido emitida cumpliendo la regla de caducidad establecida en la LPAG, por lo que no se ha vulnerado principio administrativo alguno.

5.2 Sobre la variación de la carta de inicio de PAS.-

TELEFÓNICA indica que, a través de la carta N° 1899-GFS/2016, con la cual la DFI imputó los cargos del presente PAS, expresamente señaló que la empresa operadora sería pasible de ser sancionada con una sola multa al tratarse de una sola presunta conducta infractora; sin embargo, cuatro meses después, se emitió la carta N° 233-GFS/2017, comunicando - a través de una rectificación de un supuesto error material - la intención de la entidad de sancionar a TELEFÓNICA con más de una multa pecuniaria, sin que exista ningún tipo de justificación para dicha discrecionalidad.

Añade que, mediante la carta N° 233-GFS/2017, la DFI habría aplicado indebidamente el artículo 212 del TUO de la LPAG, en la medida que bajo el argumento de una rectificación de errores materiales se habría alterado el contenido del acto administrativo de imputación de cargos -constituido por la carta N° 1899-GFS/2016-, incrementando la posible sanción aplicable a TELEFÓNICA.

Al respecto, es preciso señalar que, a través de la carta N° 1899-GFS/2016 notificada el 26 de septiembre de 2016, se dio inicio al PAS atribuyéndole a TELEFÓNICA la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 9 del RGIS, al remitir a este Organismo información inexacta respecto a los reportes trimestrales sobre el servicio de internet móvil correspondientes a los años 2014 y 2015; especificándose que era posible de ser sancionada por la Gerencia General con una multa equivalente entre 51 y 150 UIT; es decir se le atribuía la comisión de una sola infracción grave pasible de una sanción administrativa.

No obstante ello, con carta N° 233-GFS/2017 notificada el 26 de enero de 2017, la DFI comunicó a TELEFÓNICA acerca de un error incurrido en la carta N° 1899-GFS/2016, en el sentido que la comisión de la infracción se configura por cada trimestre, correspondiendo imponer una multa equivalente entre 51 y 150 UIT para cada una de las infracciones en las que se habría incurrido por trimestre.

“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

(...)



4

5

Ahora bien, resulta relevante tener en cuenta que, de conformidad con el numeral iv) del artículo 22 del RGIS, en cualquier etapa del procedimiento se podrá ampliar o variar los actos u omisiones imputados; o la relación de artículos y/o dispositivos legales que califiquen las posibles infracciones administrativas, otorgando a la empresa operadora un nuevo plazo para realizar sus descargos por escrito

En atención a ello, sin perjuicio de la figura empleada por la DFI -rectificación de error material-; lo cierto es que, ello fue comunicado a TELEFÓNICA en su calidad de administrada, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles, a efectos de que remita los descargos correspondientes, a efectos de no ver vulnerado su derecho de defensa.

De acuerdo a ello y en línea con lo desarrollado a través de la Resolución impugnada y el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 151-2018-CD/OSIPTEL, esta Oficina considera que, en el marco del Principio de Eficacia⁶ del TUO de la LPAG, en la medida que, en el presente caso no se han visto disminuidas las garantías en el procedimiento ni se ha generado indefensión, al haberse otorgado un plazo de 5 días hábiles para que TELEFÓNICA se pronuncie sobre la variación de cargos efectuada, no se ha vulnerado su derecho de defensa.

Cabe indicar que, como se ha desarrollado en el numeral 5.1. del presente informe, en el presente PAS, corresponde la imposición de una sanción cada vez que se haya configurado la comisión de la infracción tipificada en el artículo 9 del RGIS, es decir, al verificar la entrega de información inexacta respecto a cada uno de los reportes que TELEFÓNICA debió remitir de manera trimestral, durante los años 2014 y 2015.

Bajo tales consideraciones, se desestima la solicitud de nulidad formulada por TELEFÓNICA en el presente extremo.

5.3 Sobre la configuración de la infracción tipificada en el artículo 9 del RGIS.-

TELEFÓNICA argumenta que la resolución apelada es nula al contravenir el Principio de Tipicidad, toda vez que no existiría sustento jurídico para imponer ocho sanciones cuando sólo existe un incumplimiento, al haber realizado OSIPTEL un requerimiento de información global – único e indivisible - que comprendía todos los trimestres de los años 2014 y 2015.

Agrega que, ni el artículo 9 del RGIS imputado, ni mucho menos el régimen de infracciones y sanciones de la Norma de Requerimientos de Información Periódica⁷ (en adelante, NRIP) contienen disposición alguna que habilite a la entidad la imposición de una sanción en atención al trimestre del reporte.

⁶ **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:

(...)

1.10. **Principio de eficacia.**- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

⁷ Resolución De Consejo Directivo N° 096-2015-CD-OSIPTEL



Asimismo, TELEFÓNICA señala que, la Primera Instancia presumiría inexactitud imputada en base a la existencia de "incidencias que afectarían la exactitud de la información" y otras premisas vacías de contenido, lo cual a su entender no demostraría que la información sea contraria a la realidad material de acuerdo a la norma imputada.

En virtud a lo expuesto, TELEFÓNICA solicita la nulidad de la Resolución Impugnada, por cuanto se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, Licitud e Indubio pro administrado.

TELEFÓNICA añade que, si a consideración del OSIPTEL cada trimestre representa un supuesto sancionable por la supuesta remisión de información inexacta relativa al servicio de internet móvil, antes de imponerle una sanción por los trimestres 2014-II y siguientes, tendría que haber sancionado primero el 2014-1 y esperar que hayan transcurrido por lo menos 30 días hábiles desde la imposición de dicha sanción, supuesto que se encuentran prescrito en virtud del Principio de Continuación de Infracciones.

En el presente PAS, se imputó a TELEFÓNICA el haber incurrido en ocho (8) infracciones graves, en virtud de la tipificación del artículo 9 del RGIS, que establece lo siguiente:

"Artículo 9.- Entrega de información Inexacta

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

De conformidad con lo establecido por el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 144-2017-CD/OSIPTEL⁸, la infracción de información inexacta tipificada en el artículo 9 del RGIS "denota la obligación a cargo de las empresas operadoras de presentar información consistente y coherente, a fin que el OSIPTEL pueda ejercer adecuadamente sus labores normativa, fiscalizadora, reguladora, entre otras".

En dicho contexto, no se debe perder de vista que, la infracción tipificada en el artículo 9 del RGIS – es decir la entrega de información inexacta – se configura con la presentación de información que no es consistente ni coherente con la realidad. En esa línea, en el presente PAS, la conducta (por acción u omisión) de TELEFÓNICA consistente en la entrega de información inexacta respecto a cada uno de los reportes sobre el servicio de internet móvil que debió remitir de manera trimestral, durante los años 2014 y 2015, constituye cada uno – de manera independiente - un supuesto de hecho infractor tipificado en el artículo 9 del RGIS.

En efecto, conforme se aprecia en el Informe N° 206-GSF/2017 y la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL, TELEFÓNICA trasgredió lo dispuesto en el artículo 9 del RGIS al verificarse que remitió información inexacta correspondiente a líneas en servicio ingresos y tráfico (facturado y cursado) del servicio de internet móvil para los trimestres I, II, III y IV de los años 2014 y 2015.

Sobre el particular, cabe tener en cuenta que – contrario a lo señalado por TELEFÓNICA – estamos ante incumplimientos independientes y diferenciados, en

⁸

Publicada en la página web institucional del OSIPTEL en el siguiente link:
<https://www.osiptel.gob.pe/media/ieypxbu4/res144-2017-cd.pdf>



tanto la información está vinculada a periodos distintos, presentada en momentos distintos y el detalle de la información remitida de manera inexacta, difiere en uno y otro caso.

Así, el deber de cuidado y procesamiento de la información se efectúa con relación a cada entrega que deben efectuar las empresas operadoras, considerando que la entrega de información inexacta en cada periodo genera un perjuicio a las labores de monitoreo, seguimiento del mercado que desarrolla el OSIPTEL. Por lo tanto, se trata claramente de conductas infractoras distintas una de otra que trasgreden el artículo 9 del RGIS.

Con relación a la supuesta vulneración del Principio de Continuación de Infracciones, tal como señaló la Primera Instancia, esta Oficina considera que las infracciones referidas a la entrega de información inexacta son del tipo instantáneas con efectos permanentes, y que además debe tenerse en cuenta que la información que remite la empresa operadora para el reporte de cada trimestre, es única e independiente, derivada de diferentes fuentes; por lo que no se advierte la existencia de un único elemento subjetivo común que determine la existencia de una infracción continuada.

Por otra parte, en cuanto a la vulneración del Principio In Dubio Pro Administrado, debemos tener en cuenta que la presentación de información inexacta proviene de la información remitida por la propia empresa operadora al OSIPTEL, y de lo constatado en las acciones de supervisión, en las que participó TELEFÓNICA; cumpliéndose así con el Principio de Verdad Material.

En consecuencia, de lo expuesto se observa que el argumento esbozado por TELEFÓNICA en este extremo, no vulnera el principio de Tipicidad, Licitud ni Indubio pro administrado.

5.4 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad, por no haber graduado debidamente sanción impuesta

En este punto, TELEFÓNICA argumenta que la Primera Instancia ha vulnerado el derecho a obtener una debida motivación por parte de la autoridad en la medida que no se ha justificado los criterios que en base a los cuales estima el monto de la multa a imponer, ni mucho menos se ha adjuntado el antecedente que justificaría dicho criterio y al no existir comprobación alguna de la existencia de agravantes de responsabilidad

TELEFÓNICA sostiene que el razonamiento del OSIPTEL a efectos de sustentar las multas impuestas se reduce a indicar que se evitaron costos sin señalar qué tipos de costos o a cuánto ascendería la cantidad del costo supuestamente evitado, careciendo de motivación.

Añade que el considerar la probabilidad de detección como alta, debe incidir positivamente en la determinación de la sanción a imponer. Adicionalmente, manifiesta que no existen elementos objetivos que permitan cuantificar el perjuicio económico causado, y no se ha acreditado la concurrencia del daño al interés público y/o bien jurídico protegido

Adicionalmente, manifiesta que el OSIPTEL para calcular la graduación de la multa recurre al criterio aplicado en la Resolución N° 148-2016-GG/OSIPTEL, el cual fue



desestimado por el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 075-2016-CD/OSIPTEL.

Al respecto, el artículo 3 del TUO de la LPAG, dispone que el acto administrativo debe ostentar, entre otros requisitos de validez, el de la motivación, la cual debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a las anteriores justifican el acto adoptado. Se establece además, que no se admite como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

Al respecto, contrario a lo señalado por TELEFÓNICA, se advierte que en la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL sí motivó los criterios de graduación de las sanciones impuestas, las cuales se sustentan en lo establecido en el artículo 30 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF) y el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG.

Por lo anterior, es pertinente recordar que aun cuando TELEFÓNICA no comparta el sustento de los criterios expuestos en la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL, no se puede afirmar que aquella no esté debidamente motivada.

Respecto al beneficio ilícito, cabe resaltar que, tal como indicó la Primera Instancia, este está constituido por los costos involucrados en todas aquellas actividades destinadas a la implementación de nuevos sistemas y/o procesos que debió adoptar TELEFÓNICA, dirigidos a cumplir con la remisión de la información requerida.

Se debe tener en cuenta que la entrega de información inexacta correspondiente al servicio de internet móvil imposibilitó la estimación de indicadores a nivel de industria que permita un mejor entendimiento de la situación y evolución del mercado para el planteamiento de políticas que puedan beneficiar la competencia en el sector, por lo que impidió que los demás operadores cuenten con información del mercado que pueda guiar sus decisiones en cuanto a la oferta comercial y promociones.

De otro lado, afectó a los consumidores que, por un lado, no cuentan con información sobre un servicio de creciente importancia como el de internet móvil y, por otro lado, no acceden a beneficios a los que posiblemente accederían si el organismo regulador y los operadores que ofrecen el servicio contaran con información real y actualizada del mercado.

Con relación a la probabilidad de detección como criterio para reducir los montos de las multas impuestas en la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL, es preciso señalar que una probabilidad de detección alta no siempre implica necesariamente que la cuantía de la multa será la más cercana al límite mínimo de la infracción en función a su calificación, pues, además de que la probabilidad de detección no es un atenuante, debe indicarse que toda sanción no es resultado de un único criterio; por lo que, el hecho de que la probabilidad de detección sea alta no podría determinar de forma individual la cuantía de una sanción administrativa.



Adicionalmente, debe indicarse que –en general- la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y las circunstancias en los que se observó el incumplimiento; siendo que, aquellos criterios para los que no se cuente con evidencia cuantificable no fueron considerados en la determinación de la multa.

En consecuencia, en la medida que, en el presente caso, no existen los elementos que permitan cuantificar el perjuicio económico y la intencionalidad, así como se determinó que no se ha configurado reincidencia, dichos criterios no han sido considerados para el cálculo de la multa impuesta a TELEFÓNICA.

Debe tenerse en cuenta que a través de la Resolución N° 392-2021-GG/OSIPTEL la primera instancia redujo las 8 multas impuestas de 150 UIT cada una a 113,20 UIT cada una, tomando en consideración la “Guía para el cálculo para la determinación de multas en los procedimientos sancionadores del OSIPTEL”; emitida con posterioridad a la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL, la misma que basa la graduación de una multa como consecuencia de entrega de información inexacta en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener como consecuencia de la comisión de dicha infracción.

Sin perjuicio de lo expuesto, acorde a lo señalado por el Consejo Directivo en la Resolución N° 065-2022-CD/OSIPTEL⁹, corresponde en el presente procedimiento - en atención al Principio de Retroactividad Benigna¹⁰ contemplado en el numeral 5 del Artículo 248 del TUO de la LPAG - evaluar las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la actual Metodología de Cálculo de Multas aprobada con Resolución 229-2021-CD/OSIPTEL, vigente desde el 1 de enero de 2022; a efectos de determinar si esta última permite fijar una cuantía menor a las multas inicialmente calculadas.

Bajo tales consideraciones, se solicitó a la DPRC que evalúe las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas; en ese sentido, a través del Memorando N° 427-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación, conforme al siguiente detalle, el cual se encuentra detallado en el Anexo.

Trimestres	Monto de multa calculado mediante Resolución N° 392-2021-GG/OSIPTEL	Monto de la Multa calculado con la metodología de Multas (2021)
2014-I	113,2	229,7
2014-II	113,2	229,7
2014-III	113,2	229,7
2014-IV	113,2	221,5
2015-I	113,2	221,5
2015-II	113,2	221,5
2015-III	113,2	216,9
2015-IV	113,2	213,5

⁹ Publicada en la página web institucional del OSIPTEL, en el siguiente link: <https://www.osiptel.gob.pe/media/u43k1pli/resol065-2022-cd.pdf>

¹⁰ 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, para este caso en particular, en la evaluación realizada por la DPRC se concluye que, de acuerdo a la nueva metodología de multas, el beneficio ilícito, además del grado de afectación causado por no contar con la información requerida, adicionalmente considera el tamaño de la empresa que comete la infracción. El valor estimado del beneficio ilícito es llevado a valor presente y ponderado por un ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora, siendo que en el presente caso la infracción contemplada en el artículo 9 del RGIS posee una probabilidad de detección muy alta.

De acuerdo ello, considerando los nuevos valores establecidos en la Metodología de Cálculo de Multas vigente - consignados en el Anexo adjunto - se advierte que, la cuantía de las multas por los incumplimientos del artículo 9 del RGIS es superior a la impuesta por la Primera Instancia en la Resolución N° 320-2017-GG/OSIPTEL; por lo que, no corresponde su aplicación.

En virtud de lo antes mencionado, corresponde desestimar los argumentos planteados por TELEFÓNICA en este extremo.

5.5 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Predictibilidad e Igualdad invocado por TELEFÓNICA.-

TELEFÓNICA alega que la primera instancia impuso multas excesivamente gravosas a pesar de que existen expedientes seguidos a otras empresas operadoras donde se impuso multas¹¹ menores en contravención a los Principios de Predictibilidad e Igualdad.

En este punto, corresponde señalar que, de acuerdo al Principio de Predictibilidad y Confianza Legítima, las decisiones de la autoridad administrativa deben ser congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos; permitiéndose variar la interpretación de las normas aplicables, siempre que ello no resulte irrazonable e inmotivado.

Adicionalmente, resulta necesario indicar que cada caso corresponde ser evaluado en función de las diversas particularidades que presenta, sin que ello involucre una vulneración al Principio de Predictibilidad, como alega la empresa operadora.

En efecto, en el presente PAS ha quedado acreditado el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA respecto de la obligación tipificada en el artículo 9 del RGFIS, al remitir información inexacta sobre cantidad de líneas, ingresos y tráfico (facturado y cursado) correspondiente al servicio de internet móvil para los trimestres I, II, III y IV de los años 2014 y 2015.

Conforme se advierte del siguiente cuadro, los casos invocados por TELEFÓNICA, si bien recaen sobre incumplimientos derivados de entrega de información inexacta, los mismos corresponden a casuísticas diferenciadas.



11

Resoluciones de Gerencia General N° 34-2017-GG/OSIPTEL, N° 119-2017-GG/OSIPTEL, N° 303-2015-GG/OSIPTEL, N° 427-2016-GG/OSIPTEL, N° 833-2014-GG/OSIPTEL, N° 257-2016-GG/OSIPTEL, N° 440-2016-GG/OSIPTEL y N° 00216-2017-GG/OSIPTEL.

Resolución	Multa	Conducta Sancionada
34-2017-GG/OSIPTEL	51 UIT	Entrega de información inexacta respecto la cantidad de líneas telefónicas informadas
119-2017-GG/OSIPTEL	-	No corresponde un procedimiento administrativo sancionador
303-2015-GG/OSIPTEL	51 UIT	Remitir información inexacta sobre fechas de activación de los servicios telefónicos de un usuario.
427-2016-GG/OSIPTEL	28,05 UIT	por entrega de información inexacta en los informes de tráfico de 17 teléfonos públicos
833-2014-GG/OSIPTEL	51 UIT	entrega de información inexacta durante proceso de solicitud de ajuste trimestral de tarifas de la categoría I
257-2016-GG/OSIPTEL	120 UIT	entrega de información inexacta durante proceso de solicitud de ajuste trimestral de tarifas de la categoría I
440-2016-GG/OSIPTEL	102 UIT	entrega de información inexacta durante proceso de solicitud de ajuste trimestral de tarifas de la categoría I-periodo junio agosto 2013

En el caso de la Resolución N° 216-2017-GG/OSIPTEL invocada por TELEFÓNICA, resulta relevante tener en cuenta que en dicha oportunidad se impusieron 6 multas de 43,35 UIT cada una, por la entrega de Información inexacta sobre información del tráfico facturado y cursado en la entrega del reporte trimestral correspondiente al I, II, III, IV trimestre del 2014 y I y II trimestre del 2015, respecto al servicio de internet móvil; observándose que una de las razones que objetivamente sustenta la diferencia con las multas impuestas en el presente caso, es la cantidad de información inexacta presentada siendo además que – a diferencia del presente PAS – en dicha oportunidad la empresa operadora acreditó el cese de la conducta infractora.

De acuerdo a ello, resulta razonable que las multas impuestas en el presente caso - en virtud del nivel de incumplimiento presentado – las multas impuestas, difiera y sea superior al caso invocado por TELEFÓNICA.

Cabe precisar que, el no contar con información exacta correspondiente al servicio de internet Móvil retardó las labores de regulación del OSIPTEL, imposibilitando – tal como fuera señalado por la primera instancia - la estimación de indicadores a nivel de la industria que permita un mejor entendimiento de la situación y evolución del mercado para el planteamiento de políticas que puedan beneficiar la competencia en el sector.

Adicionalmente, es necesario indicar que conforme se ha desarrollado en el numeral 5.4 del presente informe, la Primera Instancia ha cumplido con sustentar el monto de la sanción de acuerdo a los criterios establecidos en el TUO de la LPAG, siendo graduada de manera proporcional; no existiendo, por lo tanto, un exceso de punición, como pretende alegar la empresa operadora en este extremo

Por lo expuesto, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

5.6 Respecto a la aplicación de medidas menos gravosas.-

TELEFÓNICA considera que resulta idóneo y oportuno la aplicación de una Medida Correctiva, en lugar de las sanciones, a fin de lograr los objetivos regulatorios actuales del OSIPTEL.



Al respecto, corresponde evaluar si la Primera Instancia aplicó debidamente los subprincipios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad y necesidad y proporcionalidad), a efectos de determinar las sanciones administrativas.

De la revisión de la resolución impugnada, se advierte que la Primera Instancia sí cumplió con evaluar debidamente los subprincipios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad y necesidad y proporcionalidad), a efectos de determinar las sanciones administrativas, tal como se resume a continuación:

- i) Con relación al Juicio de idoneidad o adecuación. Se ha indicado que con la imposición de las sanciones, en adelante la empresa operadora asuma un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones.

Así, la idoneidad de la medida se sustentó en la relevancia del bien jurídico protegido, toda vez que no de los presupuestos primordiales para la realización eficiente de las funciones del OSIPTEL, es contar con información idónea, exacta y certera que le permita comprobar el cumplimiento de obligaciones de las empresas.

Es preciso señalar que la imposición de las sanciones de multa, no implica que se desconozca que el objetivo principal del “enforcement” en el PAS sea el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico antes que la imposición de multa. Así, debe tenerse en cuenta que este enfoque importa contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas en caso de la ocurrencia de infracciones, así como el hecho que las herramientas deban funcionar de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias concretas.

- ii) Con relación al juicio de necesidad: Se advierte que la primera instancia descartó la posibilidad de evaluar otras medidas menos gravosas. Al respecto, cabe tener en cuenta que no es posible se haya impuesto una Comunicación Preventiva en tanto los hallazgos se advirtieron en el marco de una supervisión y no un monitoreo. A ello se suma el hecho que, en el presente caso, se detectó la comisión de la infracción y no una conducta que podía derivar en ello.

Por otra parte, cabe indicar no correspondía aplicar una Medida de Advertencia, en tanto que, no se encontraba en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 30 del RGIS.

En relación a la posibilidad de imponer una medida correctiva, corresponde tener en cuenta que su imposición es una facultad del OSIPTEL, la cual se utiliza según la trascendencia del bien jurídico protegido y afectado en el caso concreto y con límites; es decir, la elección de dicha medida no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma.

Así, teniendo en cuenta que ya existían incumplimientos¹² previos al artículo 9 del RGIS, no correspondía imponer medida correctiva siendo las sanciones de multa

¹²

Expedientes N° 00090-2014-GG-GFS/PAS, 00071-2014-GG-GFS/PAS, 00089-2014-GG-GFS/PAS, 00053-2014-GG-GFS/PAS, 00056-2013-GG-GFS/PAS, 00056-2013-GG-GFS/PAS, 00037-2016-GG-GFS/PAS, 00049-2014-GG-GFS/PAS, 00041-2015-GG-GFS/PAS, 00041-2015-GG-GFS/PAS



el único medio viable para persuadir a TELEFÓNICA a que en lo sucesivo, adecue su conducta.

- iii) Con relación al análisis de proporcionalidad de las sanciones impuesta, se advierte que, ante la comisión de una infracción grave, acorde con lo establecido en el artículo 25 de la LDFF corresponde imponer una multa de entre cincuenta y uno (51) a ciento cincuenta (150) UIT.

En virtud a lo expuesto, no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, en la medida que no correspondía imponer una medida menos gravosa.

VI. 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 Constitucional¹³ 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 motivadas¹⁴.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo¹⁵, 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.”

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.



¹³ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA

¹⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

¹⁵ 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

En esa misma línea, el numeral (v) del artículo 22 del RGIS¹⁶ 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 TELEFÓNICA en su impugnación –principalmente de derecho-, 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, esta oficina considera que no corresponde otorgar el informe oral solicitado por TELEFÓNICA.

VII. RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda:

- (i) Se declare INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 392-2021-GG/OSIPTEL y, como consecuencia de ello, confirmar las ocho (8) multas impuestas de 113,20 UIT, cada una.
- (ii) Se desestime la solicitud de nulidad invocada por la empresa operadora.

Atentamente,



¹⁶

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