

| | | |
|-------------------|---|--|
| 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° 146-2022- GG/OSIPTEL |
| REFERENCIA | : | Expediente N° 00093-2021-GG-DFI/PAS |
| FECHA | : | 23 de setiembre de 2022 |

| | CARGO | NOMBRE |
|------------------------------------|---|---|
| ELABORADO POR | ANALISTA LEGAL EN TEMAS DE TRANSPARENCIA | ROXANA PATRICIA DÍAZ IBERICO |
| REVISADO Y APROBADO POR | DIRECTORA DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA (E) | MÓNICA ROXANA OROZCO MATZUNAGA |



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° 146-2022-GG/OSIPTEL, mediante la cual se declaró infundado el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL respecto al procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) seguido por la presunta comisión de la infracción tipificada como leve por el artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso)¹ así como por la presunta comisión de la infracción tipificada como grave por el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones², (en adelante RGIS).

II. ANTECEDENTES

- 2.1. El 12 de octubre de 2021, a través de la carta N° 2149-DFI/2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado que habría incumplido lo siguiente, precisándose que la empresa no remitió sus descargos en el plazo otorgado en dicha oportunidad:

| Norma incumplida | | Conducta imputada | Norma que tipifica | Tipo infractor |
|-------------------------------|---------------------------|---|---------------------------|----------------|
| TUO de las Condiciones de Uso | Artículo 45 | Durante el primer semestre de 2020: -No efectuó las devoluciones a 547 140 líneas, por interrupciones que ocurrieron en dicho período. -Efectuó las devoluciones fuera de plazo a 356 177 líneas con el servicio activo. Cabe señalar que el exceso de días mínimo y máximo son 61 y 557, respectivamente. -No efectuó las devoluciones a 11 640 líneas inactivas el monto de S/ 9430,86, puesto que sólo generó notas de crédito, más no acreditó las comunicaciones de dichas notas de crédito a los abonados afectados. | Artículo 2 del Anexo 5 | Leve |
| RGIS | Literal a) del Artículo 7 | No entregó la totalidad de la información requerida mediante la carta N° 1556-DFI/2021. | Literal a) del artículo 7 | Grave |

- 2.2. Mediante Informe N° 265-DFI/2021 de fecha 17 de diciembre de 2021 (en adelante, Informe Final de Instrucción), la DFI remitió a la Gerencia General el análisis del procedimiento administrativo; el mismo que fue remitido a TELEFÓNICA, a través de la carta N° 1021-GG/2021, notificada el 23 de diciembre de 2021.
- 2.3. El 9 de febrero de 2022, mediante carta N° TDP-0544-AR-ADR-22, TELEFÓNICA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción solicitando, a su vez, un informe oral, que fue denegado mediante la carta N° 123-GG/2022.
- 2.4. Mediante la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL notificada el 07 de marzo de 2022, la Gerencia General resolvió lo siguiente:

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL.

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 Reglamento General de Infracciones y Sanciones.



| Norma incumplida | Tipificación | Conducta imputada | Decisión Primera Instancia |
|-------------------------------|---------------------------|---|----------------------------|
| TUO de las Condiciones de Uso | Artículo 2 del Anexo 5 | 547 140 líneas respecto de las cuales no se habría realizado ninguna devolución, en el primer semestre de 2020 | Archivar |
| | | i) efectuó las devoluciones fuera de plazo respecto a 356 177 líneas con el servicio activo y ii) no efectuó las devoluciones respecto a 11 640 líneas con el servicio inactivo, por un monto ascendente a S/ 9 430,86, en el primer semestre de 2020 | 1 multa de 50 UIT |
| RGIS | Literal a) del artículo 7 | No entregó la totalidad de la información requerida por este Organismo Regulador, a través de la carta 01556-DFI/2021 | 1 multa de 51 UIT |

- 2.5. Además, mediante dicha Resolución, la Primera Instancia impuso una Medida Correctiva en los siguientes términos:

“SE RESUELVE:

(...)

Artículo 4°.- IMPONER una MEDIDA CORRECTIVA a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. en los siguientes términos:

- (i) *Devolver dentro del plazo de dos (2) meses, contados desde el día siguiente de la notificación de la presente Resolución, los montos que correspondan a once mil seiscientos cuarenta (11 640) líneas inactivas, por el monto de S/ 9 430,86, detalladas en el archivo Excel adjunto a este Resolución.*

(...)”

- 2.6. El 25 de marzo de 2022, mediante la carta N° TDP-1388-AR-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL solicitando, a su vez, una audiencia de informe oral.
- 2.7. Mediante Resolución N° 146-2022-GG/OSIPTEL, notificada el 9 de mayo de 2022, la Gerencia General declaró infundado el Recurso de Reconsideración, confirmando la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL, en todos sus extremos. Dicha resolución deniega, a su vez, la audiencia de informe oral solicitada por TELEFÓNICA.
- 2.8. El 30 de mayo de 2022, mediante la carta N° TDP-2196-AR-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación.
- 2.9. Con Memorando N° 955-OAJ/2022 de fecha 18 de agosto de 2022, la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC) precise si, en efecto, la aplicación de la Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL³ (en adelante, Metodología de Cálculo de Multa) resulta más favorable; pedido que fue atendido mediante el Memorando N° 499-DPRC/2022 de fecha 9 de setiembre de 2022.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

³ Aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL.



De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la 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 TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

TELEFÓNICA sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1. Se habría vulnerado los Principios de Tipicidad, Legalidad y Debido Procedimiento, en tanto el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso no especifica la metodología de devolución que deben efectuar las empresas cuando las líneas se encuentran inactivas o en baja.
- 4.2. Se habría vulnerado los Principios de Razonabilidad y de Predictibilidad, pues habría efectuado las devoluciones a la totalidad de abonados.
- 4.3. En atención al Principio de Retroactividad Benigna, en este caso correspondería aplicar la Metodología del Cálculo de Multa vigente desde el 1 de enero de 2022.
- 4.4. La Primera Instancia no habría graduado correctamente la sanción impuesta.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

5.1. Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Tipicidad, Legalidad y Debido Procedimiento (Artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso)

TELEFÓNICA señala que, la imputación no es precisa dado que el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso no especifica la metodología de devolución que señala que deban realizarse, adicionalmente, notas de crédito, comunicación por la web, comunicaciones directas a los abonados afectados (SMS y/o correos electrónicos), a efectos de acreditar las devoluciones a los abonados inactivos o de baja.

En tal sentido, invoca el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 280-2019-OEFA/TFA-SMEPIM señalando, a su vez, que no existiría claridad sobre el supuesto de hecho en el que presuntamente habría incurrido. Por lo que, solicita se revoque la resolución impugnada en cumplimiento de los Principios de Tipicidad, Legalidad y Debido Procedimiento.

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



Al respecto, es importante señalar que, los artículos 40⁵ y 45⁶ del TUO de las Condiciones de Uso establecen que, las empresas operadoras cuentan con dos (2) meses para realizar las devoluciones derivadas de interrupciones que afectaron al servicio, la cual se debe realizar en la misma moneda en que el servicio fue facturado.

En ese sentido, debe entenderse que, la obligación de devolución, derivada de una interrupción del servicio, solo se cumple -tanto en el caso de abonados, como de ex abonados- cuando dicha devolución se verifica, antes de transcurridos los dos (2) meses de plazo.

De tal manera que, como precisa la norma citada, la obligación de devolver surge como consecuencia de una interrupción que afecta la prestación de su servicio público de telecomunicaciones, razón por la que no resulta relevante sí, a la fecha de la devolución, las personas ostentan la calidad de abonado o ex abonado, dado que su derecho a la devolución no proviene de ello, sino de no haber contado con un servicio por el cual se brindó la respectiva contraprestación.

En ese sentido, la baja del servicio -por sí misma- no valida la imposibilidad para realizar la devolución; por ende, la empresa operadora está en la obligación de llevar a cabo las acciones necesarias destinadas al cumplimiento de su obligación, esto es, realizar la devolución dentro del plazo legal.

Aunado a ello, conforme establece el artículo 1220 del Código Civil, se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación, es decir, cuando el acreedor acepta el pago.

Siendo así, se considera como cumplida la obligación de devolver, solamente cuando la empresa operadora haya realizado la entrega efectiva de los montos correspondientes sobre la base de lo dispuesto en el artículo 40 del TUO de las Condiciones de Uso, lo cual ha sido ratificado por el Consejo Directivo en reiterados pronunciamientos⁷.

⁵ **“Artículo 40.- Devolución por pagos indebidos o en exceso**

La empresa operadora se encuentra obligada a devolver a los abonados las sumas correspondientes a pagos indebidos o en exceso, aun cuando éstos no hubieren solicitado dicha devolución, incluyendo el respectivo interés.

(...) debiendo efectuar la devolución en la misma moneda en que se facturó. (...)

La devolución de las sumas correspondientes a pagos indebidos o en exceso, incluyendo aquella que se realice en cumplimiento de resoluciones emitidas en primera instancia administrativa ..., deberá ser efectuada por la empresa operadora, a más tardar en el recibo correspondiente al segundo ciclo de facturación inmediato posterior, o en caso no sea posible la devolución a través del recibo de servicio, en el plazo de dos (2) meses.

En cualquier caso, el plazo para la devolución se computará a partir de: (i) la detección del pago indebido o en exceso, o (ii) la fecha en que se notifique la resolución de primera instancia o del TRASU que da lugar a la devolución. (...)

⁶ **“Artículo 45.- Interrupción del servicio por causas no atribuibles al abonado**

Salvo las excepciones contenidas en la presente norma, en caso de interrupción del servicio debido a causas no atribuibles al abonado o usuario, la empresa operadora no podrá efectuar cobros correspondientes al período de duración de la interrupción, debiendo sujetarse a las siguientes reglas:

(i) Cuando la tarifa o renta fija correspondiente haya sido pagada en forma adelantada, la empresa operadora deberá devolver o compensar al abonado la parte proporcional al tiempo de interrupción del servicio, incluyendo el respectivo interés. En todos los casos, la devolución o compensación al abonado de las sumas que correspondan por dichos conceptos se realizará en la misma moneda en que se facturó el servicio, encontrándose la empresa operadora impedida de realizar dicha devolución o compensación a través de una forma de pago distinta. (...)

La devolución o compensación se realizará conforme a los plazos establecidos en el artículo 40.

(ii) Cuando la tarifa correspondiente se pague en forma posterior a la prestación del servicio, la empresa operadora no podrá exigir dicho pago por el período que duró la interrupción. (...)

⁷ Resoluciones N° 041-2020-CD/OSIPTEL, N° 071-2020-CD/OSIPTEL, N° 096-2020-CD/OSIPTEL, N° 141-2020-CD/OSIPTEL y N° 212-2021-CD/OSIPTEL.



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

De tal modo que, al no haberse efectivizado las devoluciones, se configura la infracción al artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, no requiriéndose de alguna forma especial o mecanismo de devolución para acreditarlas, tales como notas de crédito, comunicación por la web o comunicaciones directas a los abonados afectados (SMS y/o correos electrónicos), como de forma inexacta señala TELEFÓNICA.

Ahora bien, en adición a lo expuesto, el Consejo Directivo ha señalado que, de tratarse de un ex abonado -respecto del cual la empresa operadora haya acreditado que no puede ser ubicado-, de manera excepcional y atendiendo al Principio de Razonabilidad, se podrían valorar los esfuerzos desplegados por la empresa operadora para poner a su disposición las devoluciones pendientes, pero no para considerar cumplida la obligación, sino más bien para estimar una graduación en la sanción a imponerse.

Así, se descarta vulneración alguna a los Principios de Tipicidad, Legalidad y Debido Procedimiento en la tramitación del presente PAS en tanto, como se ha expuesto anteriormente, se considera cumplida la obligación de devolución contenida en el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso cuando se haya verificado la entrega efectiva de los montos adeudados a los ex abonados por lo que, a la vez, tampoco resulta aplicable el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 280-2019-OEFA/TFA-SMEPIM, en la medida que la mencionada obligación estuvo claramente precisada desde el inicio del presente PAS con la carta N° 2149-DFI/2021 (imputación de cargos) notificada a TELEFÓNICA.

5.2. Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Razonabilidad y Predictibilidad (Artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso)

TELEFÓNICA alega que, habría cumplido con efectuar las devoluciones a la totalidad de abonados antes del inicio del presente PAS por lo que, a su entender, la Primera Instancia debió aplicarle el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, considerando que el TUO de la LPAG no establece que el cese deba realizarse sobre la totalidad de casos imputados.

Al respecto, con relación a la Medida Correctiva impuesta por la resolución impugnada, señala que ha quedado evidenciado que dicha empresa ha efectuado las devoluciones a los números inactivos mediante los criterios aceptados por el OSIPTEL en anteriores supervisiones, los cuales no serían claros. Asimismo, indica que, se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad en tanto se le habría generado una carga excesiva con la imposición de dos actos de gravamen: la multa y la medida correctiva.

Asimismo, indica que, dicha empresa ha desplegado una serie de acciones para cumplir lo ordenado por OSIPTEL que han sido detalladas en su carta N° TDP-1427-AG-GER-22 por lo que solicita, a su vez, se levante la Medida Correctiva impuesta.

Sobre el particular, en línea con lo señalado por la Primera Instancia y contrario a lo alegado por la empresa, se ha verificado que, en el presente caso, si bien TELEFÓNICA ha efectuado, fuera de plazo, las devoluciones respecto a 356 177 líneas con el servicio activo,



no ha cumplido con realizar las devoluciones respecto a 11 640 líneas con el servicio inactivo, por un monto ascendente a S/ 9 430,86.

Asimismo, se debe considerar que, la empresa no ha remitido medios probatorios adicionales en su Recurso de Apelación por lo que, a la fecha, no ha cesado su conducta respecto al incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, en tanto las devoluciones efectuados por la referida empresa no se han realizado respecto a la totalidad de hechos que comprende la conducta infractora.

En este punto, resulta importante indicar que, mediante la Resolución N° 029-2019-CD/OSIPTEL⁸, el Consejo Directivo ha señalado que, a efectos de analizar el cese de la conducta infractora, se debe tomar en cuenta la totalidad de los hechos que comprende esta. Por lo que, se descartan los argumentos formulados por TELEFÓNICA referentes a la aplicación del eximente por subsanación voluntaria.

Ahora bien, tal como se advierte en el acápite “III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN” de la resolución de sanción, la Primera Instancia fundamentó y desarrolló adecuadamente cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG y en el RGIS, acotando el análisis de cada uno de ellos a los hechos observados en el presente expediente. Por lo que, el hecho que TELEFÓNICA discrepe de la evaluación efectuada, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de un defecto en su motivación.

Además, con relación a la medida correctiva impuesta en la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL, la misma no implica una carga adicional a TELEFÓNICA, en tanto se deriva directamente de la obligación de devolución contenida en los artículos 40 y 45 del TUO de las Condiciones de Uso respecto a los 11 640 casos de líneas con el servicio inactivo, objeto del presente PAS, sobre las cuales la empresa aún mantiene pendiente realizar las devoluciones de los montos adeudados. En este punto, no se debe perder de vista que, TELEFÓNICA, como concesionario para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, tiene conocimiento del marco normativo aplicable.

Finalmente, con relación a la carta N° TDP-1427-AG-GER-22 invocada por TELEFÓNICA, cabe señalar que, en el presente procedimiento se está evaluando el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso por parte de dicha empresa, que devino, entre otros, en la imposición de una Medida Administrativa.

Así, teniendo en cuenta ello, la verificación del cumplimiento de la Medida Correctiva impuesta se realizará en el marco de un procedimiento distinto, no correspondiendo evaluar en este expediente, las alegaciones efectuadas por TELEFÓNICA en relación a las acciones implementadas para el cumplimiento de la obligación dispuesta en el artículo 4 de la indicada resolución.

Por lo expuesto, se descartan los argumentos alegados por TELEFÓNICA en este extremo.

5.3. Sobre la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna

TELEFÓNICA señala que, en atención al Principio de Retroactividad Benigna, en este caso correspondería aplicar la Metodología de Cálculo de Multa vigente desde el 1 de enero de 2022, por lo que invoca el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 161-2022-GG/OSIPTEL donde se aplicó dicho principio.

⁸ Disponible en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/210dwwor/res029-2019-cd.pdf>



De manera preliminar, 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 Benigna⁹ 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.

Ahora bien, acorde a lo señalado por el Consejo Directivo en la Resolución N° 065-2022-CD/OSIPTEL, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida.

En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna, tal como se indica a continuación:

“Sobre la base de lo expuesto, del análisis de favorabilidad entre la Metodología de Multas -2021 y la Guía de Multas – 2019, se advierte lo siguiente:

- a) *La Guía de Multas -2019, aplica a las infracciones cometidas hasta el 31 de diciembre de 2021, y contempla:*
 - (i) *Fórmulas específicas para 15 conductas; y,*
 - (ii) *Fórmula general.*
- b) *La Metodología de Cálculo de Multas - 2021, aplica a las infracciones cometidas a partir del 1 de enero de 2022, y contempla:*
 - (i) *Fórmulas y parámetros específicos (22 conductas analizadas individualmente y 3 grupos que compilan 15 conductas infractoras evaluadas de manera conjunta);*
 - (ii) *Multas con montos fijos (4 conductas); y,*
 - (iii) *Fórmula General.*

Siendo ello así, la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas – 2021, respecto a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto.

En ese sentido, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas – 2021 sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas -2021; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna.

⁹ Al respecto, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG prevé lo siguiente:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

5.- Irretroactividad.- *Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.”*



Bajo tales consideraciones, este Colegiado sostiene que la variación en la sanción se encuentra dentro de los supuestos de aplicación de retroactividad en caso favorezca al infractor; y, en tal sentido, corresponderá analizar en cada caso en particular si la Metodología de Cálculo de Multas vigente resulta más favorable respecto al cálculo de la multa ser impuesta.”

Teniendo en cuenta ello, en el presente procedimiento, en tanto las multas impuestas a través de la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL fueron calculadas considerando los criterios contenidos en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL¹⁰ (Guía de Multas - 2019), corresponde evaluar si la Metodología de Cálculo de Multas podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior.

Bajo tales consideraciones, se solicitó que la DPRC evalúe las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas; en ese sentido, a través del Memorando N° 499-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación, la cual se detalla en el Anexo.

a. **Artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso**

Tal como se indica en el numeral 4.12 de la Metodología de Cálculo de Multas, el enfoque de graduación de las multas se basa en la cuantificación del beneficio ilícito, el cual no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

Así, en la estimación del beneficio ilícito se consideran dos subcomponentes: (a) el costo evitado, empleando el parámetro Mantyggest y (b) el ingreso ilícito por intereses de los montos adeudados que se generaron fuera del plazo de devolución, así como los montos que no habrían sido devueltos.

A continuación, el valor estimado del beneficio ilícito es evaluado a valor presente y ponderado por un ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora, siendo que esta infracción posee una probabilidad de detección alta.

En ese sentido, en virtud del Principio de Razonabilidad, considerando los nuevos valores establecidos en la Metodología de Cálculo de Multas, se advierte que, la cuantía de la multa por el incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso es superior a la impuesta por la Primera Instancia en la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL; por lo que, no corresponde su aplicación:

| Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019) | Monto de la Multa calculado con la Metodología de Cálculo de Multas (2021) |
|--|--|
| 50 UIT | 95 UIT |

FUENTE: DPRC

b. **Artículo 7 del RGIS**

La metodología para la graduación de una multa a ser impuesta a una empresa operadora que, dentro del plazo establecido, no remite información o remite información incompleta, se basa en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener como consecuencia de la comisión de dicha infracción.



¹⁰ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019

De acuerdo con la Metodología de Cálculo de Multas, este beneficio se aproxima mediante el valor de la multa que un agente infractor podría evitar por la verificación de las obligaciones que se encuentren asociadas directamente a la información requerida.

Para tal efecto, se ha considerado la Tabla de Graduación de Infracciones establecida en la Metodología de Cálculo de Multas, teniendo en cuenta que: (i) el incumplimiento de la obligación tiene un grado de afectación bajo¹¹ y (ii) la empresa obtuvo una facturación mayor a 1 700 UIT durante el ejercicio anterior al acto de supervisión.

Posteriormente, el valor estimado del beneficio ilícito es evaluado a valor presente y ponderado por un ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora. Al respecto, la Metodología de Cálculo de Multas ha considerado una probabilidad de detección muy alta debido a que se trata de información que debe ser remitida al OSIPTEL por las empresas operadoras en el marco de sus obligaciones.

Asimismo, se ha considerado que el OSIPTEL puede –directa e indubitablemente– verificar la configuración de la infracción debido a que la supervisión comprende la revisión del 100% del universo a supervisar y la disponibilidad de información es completa.

En ese sentido, en virtud del Principio de Razonabilidad, considerando los nuevos valores establecidos en la Metodología de Cálculo de Multas, se advierte que, la cuantía de la multa por el incumplimiento del literal a) del artículo 7 del RGIS implica una reducción respecto a la cuantía de la multa impuesta a través de la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida, conforme se detalla en la siguiente tabla:

| Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019) | Monto de la Multa calculado con la Metodología de Cálculo de Multas (2021) |
|--|--|
| 51 UIT | 35 UIT |

FUENTE: DPRC

Lo antes expuesto no implica una modificación de la calificación del tipo infractor; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna.

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, se adjunta el cálculo de la cuantía de las multas impuestas en el presente procedimiento administrativo sancionador.

5.4. Sobre la graduación de la sanción

TELEFÓNICA indica que, el análisis efectuado por la Primera Instancia no habría logrado sustentar de manera adecuada los criterios para la imposición de la sanción, pues no se habría detallado la forma en la que se realizó el cálculo de la multa imponiendo, a su entender, sanciones pecuniarias de manera discrecional, por lo que invoca la resolución emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03549-2011-PA/TC.

En tal sentido, alega que, la Administración no puede limitarse a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas sin efectuar una apreciación razonada de los hechos.

¹¹ Multa leve, Art. 45° del TUO de las Condiciones de Uso.



Así, con relación al incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso alega que, la Primera Instancia no sustenta sus afirmaciones en datos objetivos que acrediten que TELEFÓNICA habría obtenido un beneficio ilícito producto del incumplimiento imputado.

Asimismo, en atención al incumplimiento del artículo 7 del RGIS, la empresa afirma que, OSIPTEL no ha acreditado mediante pruebas el “*supuesto beneficio*” que obtuvo. Además, sobre la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, TELEFÓNICA indica que, dicho criterio no puede ser verificado en el presente caso, en tanto dicha empresa ha dirigido en todo momento sus esfuerzos a cumplir con la normativa impuesta.

Por tal motivo, solicita que la resolución impugnada sea revocada, en tanto la valoración de los criterios de graduación es incompleta, deficiente y vulnera el Principio de Presunción de Licitud.

Sobre lo alegado por TELEFÓNICA, se aprecia que, la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL sí fundamentó cada uno de los criterios de graduación a fin de determinar la sanción a imponer, tal como se expone en el acápite “*III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN*” de dicho acto administrativo. De este modo, como ya se ha señalado anteriormente, el hecho de que la empresa recurrente discrepe de lo desarrollado por la Primera Instancia sobre el particular, no quiere decir que se haya vulnerado el deber de motivación que obliga a toda autoridad administrativa.

Además, cabe precisar que, la mencionada resolución se sustenta en los hechos advertidos en el procedimiento de supervisión y en el PAS, así como en criterios técnicos y razones jurídicas -y no en mera discrecionalidad, como indica TELEFÓNICA-; observándose, también, que se ha evaluado cada uno de los criterios relativos al Principio de Razonabilidad establecidos por el TUO de la LPAG.

Ahora bien, con relación a la forma en la que se realizó el cálculo de las multas impuestas en el presente PAS, reiteramos lo indicado por la Primera Instancia respecto a que, se utilizó la Guía de Multas - 2019¹², la cual desarrolla la metodología para el cálculo de las multas aplicable para hechos advertidos en el período correspondiente al primer semestre del año 2020. Cabe indicar que, la citada metodología considera los criterios de graduación recogidos dentro del Principio de Razonabilidad en el artículo 248 del TUO de la LPAG, a fin de brindar predictibilidad a los agentes infractores en la determinación de sanciones, por lo que se descartan los argumentos alegados por TELEFÓNICA en este extremo.

De otro lado, conforme a la Guía de Multas – 2019 y con relación al incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, la estimación del beneficio ilícito es mediante la cuantificación de: (i) el costo evitado; y, (ii) el ingreso ilícito.

Así, respecto al beneficio ilícito, esta Oficina coincide con la Primera Instancia, en el sentido que, los **costos evitados** se encuentran representados por los costos que TELEFÓNICA debió asumir para: (i) contar con el mantenimiento del sistema que permita realizar devoluciones de acuerdo al marco normativo; y, (ii) contar con personal que mantenga la información de abonados afectados y que programe las devoluciones correspondientes; acciones que no ha asumido TELEFÓNICA, pues caso contrario, el Organismo Regulador no habría verificado el incumplimiento de lo previsto en el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, durante el primer semestre de 2020.

¹² Informe N° 152-GPRC/2019 aprobado mediante Acuerdo N° 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019 y que se encuentra publicada en la página web del OSIPTEL en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/5qta5j0n/inf152-gprc-2019.pdf>.



Del mismo modo, en cuanto a los **ingresos ilícitos**, esta Oficina comparte lo sostenido por la Primera Instancia, en tanto aquellos se encuentran constituidos por los ingresos que la referida empresa habría obtenido de forma ilícita producto de la infracción, tales como: (i) el costo de oportunidad (intereses generados) por haber realizado una devolución fuera del plazo establecido; y, (ii) los montos no devueltos, los cuales aún se mantienen pendientes al periodo de graduación de la multa.

Por su parte, con relación al incumplimiento del literal a) del artículo 7 del RGIS, esta Oficina coincide con la Primera Instancia en que para esta infracción, el beneficio ilícito se aproxima con el valor promedio histórico de la multa que la empresa operadora hubiera recibido como resultado de la verificación del incumplimiento de las obligaciones que se encuentren asociadas directamente a la información requerida que, en el presente caso, se refería al artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, cuyo incumplimiento se encuentra tipificado como infracción leve. De este modo, no remitir la información o hacerlo fuera de plazo, limita el ejercicio de la función supervisora del OSIPTEL, en tanto impide verificar el cumplimiento de determinada obligación con la amplitud que se pretende; lo cual podría incidir en la cuantía final de la sanción que podría imponerse.

Finalmente, sobre la existencia o no de intencionalidad en la conducta del agente, esta Oficina coincide con la Primera Instancia en que no es necesario dicho requisito, en tanto la infracción puede configurarse si el agente infringió el deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado pudo prever.

Por lo expuesto, se descartan los argumentos alegados por TELEFÓNICA en este extremo.

VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, de ser el caso que el Consejo Directivo del OSIPTEL confirme que corresponde sancionar a TELEFÓNICA con una multa por la comisión de la infracción grave por el incumplimiento del literal a) del artículo 7 del RGIS, corresponde la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente informe, se recomienda que debe declararse **FUNDADO EN PARTE** el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 146-2022-GG/OSIPTEL; y, por tanto:

- (i) CONFIRMAR la responsabilidad por el incumplimiento del literal a) del artículo 7 del RGIS así como del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, respecto al primer semestre del año 2020.
- (ii) CONFIRMAR la multa de 50 UIT impuesta por el incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, respecto al primer semestre del año 2020.
- (iii) CONFIRMAR la Medida Correctiva impuesta por el artículo 4 de la Resolución N° 067-2022-GG/OSIPTEL.
- (iv) MODIFICAR de 51 UIT a 35 UIT el monto de la multa impuesta por el incumplimiento del literal a) del artículo 7 del RGIS.



Atentamente,

