



**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL**

**Nº 00165-2018-GG/OSIPTEL**

Lima, **16 de julio de 2018**

EXPEDIENTE Nº	:	<b>00027-2018-GG-GSF/PAS</b>
MATERIA	:	<b>Procedimiento Administrativo Sancionador</b>
ADMINISTRADO	:	<b>TELFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</b>

**VISTO:** El Informe de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL (GSF) N° 00085-GSF/2018 (Informe Final de Instrucción); por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELFÓNICA), por la comisión de la presunta infracción tipificada en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00011-2016-GG/OSIPTEL que le impuso una Medida Correctiva; por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en los numerales (i) y (iv) del artículo 1° de la misma.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES.-**

- Mediante Informe de Supervisión N° 00021-GSF/SSCS/2018, emitido el 22 de marzo de 2018 (Informe de Supervisión) en el expediente N° 00073-2016-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF), consignó el resultado de la verificación del cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de las obligaciones establecidas en los numerales (i) y (iv) del artículo 1° de la Medida Correctiva impuesta por el OSIPTEL mediante Resolución N° 00011-2016-GG/OSIPTEL (RESOLUCIÓN 011), en el Expediente N° 00008-2013-GG-GFS/MC, notificada el 08 de enero de 2016, cuyas conclusiones, entre otras, fueron las siguientes:

**IV. CONCLUSIONES**

(...)

- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. ha incumplido la obligación establecida en el numeral (i) de la Medida Correctiva, referida a suspender la suscripción de nuevos contratos de abonado para la prestación del servicio de acceso a Internet (altas) y la autorización de solicitudes de migración con mayores requerimientos de velocidad mínima garantizada que hubiesen requerido los contratantes, en el distrito de Satipo, del departamento de Junín, durante el periodo del 11 de enero hasta el 14 de junio de 2016; toda vez que se ha demostrado que del 5 al 25 de mayo de 2016, ha realizado 155 altas del servicio de acceso a internet.

(...)

- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. ha incumplido la obligación establecida en el numeral (iv) de la Medida correctiva, referida a su obligación de dejar de facturar y cobrar por el servicio de acceso a Internet a todos los abonados de Satipo, durante el periodo del 9 de enero de 2016 hasta el 27 de julio de 2016; toda vez que se ha demostrado que el 28 de junio de 2016 ha facturado por el servicio de acceso a internet. (...)

- La GSF mediante carta N° C.00447-GSF/2018, notificada con fecha 27 de marzo de 2018, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de las infracciones leves, según lo contemplado en el artículo 2° de la





RESOLUCIÓN 011, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en los numerales (i) y (iv) del artículo 1° de la misma; otorgándole el pazo de diez (10) días hábiles para presentar sus descargos.

3. A través de la carta N° TDP-1222-AG-ADR-18 presentada el día 10 de abril de 2018, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de plazo de treinta (30) días hábiles adicionales para presentar sus descargos; lo que fue atendido por la GSF mediante comunicación C.00533-GSF/2018 notificada el 17 de abril de 2018, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles al plazo originalmente otorgado en la comunicación N° C.00447-GSF/2018, venciendo el mismo el 07 de mayo de 2018.
4. El 15 de mayo de 2018, a través del Informe N° 00085-GSF/2018 (Informe Final de Instrucción) la GSF remitió a la Gerencia General el análisis de los actuados en el presente PAS, sin que a la fecha de emisión del mismo, TELEFÓNICA hubiera alcanzado sus descargos.
5. Mediante comunicación N° TDP-1679-AR-ADR-18 de fecha 17 de mayo de 2018, TELEFÓNICA solicitó un Informe Oral ante la GSF.
6. A través de la carta C.00344-GG/2018 notificada el 21 de mayo de 2018, la Gerencia General puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción, otorgándole el plazo de cinco (05) días para presentar sus descargos.
7. Con fecha 22 de mayo de 2018, mediante cartas N° TDP-1538-AG-ADR-18 y N° TDP-1735-AR-ADR-18, TELEFÓNICA presentó sus descargos al PAS (Descargos 1), y solicitó un Informe Oral ante la Gerencia General en relación al PAS.
8. Mediante carta N° TDP-1807-AG-ADR-18 emitida el 28 de mayo de 2018, TELEFÓNICA solicitó una prórroga de diez (10) días para presentar sus descargos al Informe final de instrucción, el mismo que fue denegado por la Gerencia General, a través de la comunicación N° C.00391-GG/2018 notificada el 31 de mayo de 2018
9. Con fecha 15 de junio de 2018 se realizó ante la Gerencia General el Informe Oral solicitado por TELEFÓNICA en su comunicación N° TDP-1735-AR-ADR-18.
10. Mediante la carta N° TDP-2012-AG-ADR-18 presentada el 14 de junio de 2018, TELEFÓNICA presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción (Descargos 2).
11. Mediante Memorando N° 00602-GG/2018 de fecha 09 de julio de 2018, la Gerencia General solicitó a la GSF precise la fecha efectiva a partir de la cual es posible considerar que TELEFÓNICA cuenta con capacidad de red suficiente para cumplir con la velocidad de Internet contratada en el distrito de Satipo; lo cual fue atendido mediante el Memorando N° 00624-GSF/2018 de fecha 11 de julio de 2018.

## II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 02 de febrero de 2001, este organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el





incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Así también el artículo 41º del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

De conformidad con lo expuesto en el Informe de Supervisión, la empresa TELEFÓNICA habría incumplido con lo dispuesto en los numerales (i) y (iv) del artículo 1º de la RESOLUCION 011, en los siguientes términos:

- (i) Suspenda la suscripción de nuevos contratos de abonado para la prestación del servicio de acceso a Internet y la autorización de solicitudes de migración con mayores requerimientos de velocidad mínima garantizada que hubiesen requerido los contratantes, en el distrito de Satipo, del departamento de Junín, hasta que la empresa operadora acredite tener la capacidad de red suficiente y demás acciones relacionadas para cumplir con la velocidad de bajada mínima garantizada establecida en sus contratos de abonado en el mencionado distrito.  
(...)
- (iv) Dejar de facturar y cobrar por el servicio de acceso a Internet a todos los abonados de Satipo a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, hasta que obtenga el pronunciamiento favorable a su acreditación presentada por parte de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión. (...)  
(Subrayado nuestro)

Así, según señala la GSF en su Informe de Supervisión que tales incumplimientos estuvieron relacionados con lo siguiente:

- (i) Del 05 al 25 de mayo de 2016, TELEFÓNICA realizó 155 altas del servicio de acceso a Internet, en el distrito de Satipo, antes de haber acreditado contar con la capacidad de red suficiente para cumplir con la velocidad de bajada mínima garantizada según lo establecido en sus contratos de abonado; en tanto que tal acreditación se habría realizado a través de la comunicación TP-AG-GGR-1447-16 presentada el 14 de junio de 2016<sup>1</sup>.
- (ii) El 28 de junio de 2016, TELEFÓNICA facturó por el servicio de acceso a Internet, conforme se verificó del recibo telefónico N° 0004-920254883, emitido el 28 de junio de 2016; pese a que el pronunciamiento favorable a su acreditación se habría realizado a través del Informe N° 00606-GSF/2016<sup>2</sup> emitido el 27 de julio de 2016 y notificado el 01 de agosto de 2016.

De acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS<sup>3</sup> (TUO de la LPAG), la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado<sup>4</sup>, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

<sup>1</sup> Folio 40 del Expediente de Supervisión

<sup>2</sup> Folio 64 del Expediente de Supervisión

<sup>3</sup> Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de marzo de 2017.

<sup>4</sup> PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

De otro lado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 250.3° del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento administrativo sancionador cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 257° del citado TUO fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos, corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a TELEFÓNICA por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito, así como tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente procedimiento. Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por la empresa operadora a través de sus Descargos 1 y 2, así como a través del Informe Oral (en adelante los Descargos), respecto a la imputación de cargos formulada por la GSF.

## 1. Análisis de Descargos.-

En sus Descargos TELEFÓNICA cuestionó el PAS en los siguientes términos:

### 1.1 Se ha vulnerado su Derecho de Defensa puesto que la imputación se basa en una muestra no representativa.-

TELEFÓNICA alega que la potestad para llevar a cabo acciones de supervisión no supone que la Administración tenga plena discrecionalidad en su realización, puesto que las mismas deben cumplir con los requisitos previstos en la normativa, ser exactas y concluyentes más allá de toda duda razonable a fin de verificar la responsabilidad del imputado.

Señala así dicha empresa operadora que en relación al incumplimiento del numeral (iv) de la RESOLUCIÓN 011, el 18 de julio de 2016, la GSF llevó a cabo una acción de supervisión en la que se recabó información sobre las declaraciones de seis (06) abonados sobre la fecha en que se había contratado el servicio de Internet, obteniéndose un solo recibo digital por consumos de dicho servicio del 18 de junio al 17 de julio de 2018.

Sobre el particular, TELEFÓNICA señala que la GSF no basó sus acciones de supervisión en una técnica o fórmula de muestreo que pueda determinar que el porcentaje de incumplimientos sea representativo y razonable, pese a que ello hubiera permitido crear la convicción suficiente para determinar la comisión de la infracción; sino que sobre la base de una muestra ínfima frente a lo cual no resulta razonable ni idóneo aplicar una sanción.

Considera así, que existe una deficiencia en la imputación, lo que trasgrede inclusive el deber de motivación.

Asimismo, TELEFÓNICA alude al Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima previsto en el TUO de la LPAG, y que exige al OSIPTEL ser congruente con las expectativas legítimas de los administrados generadas por la práctica y antecedentes administrativos; respecto de lo cual, alude a la supervisión realizada por la GSF el 06 de abril de 2018, en otro expediente de verificación de cumplimiento de Medida Correctiva referido a la velocidad de Internet; y en el cual se le habría solicitado





información de las facturaciones relacionadas con 197 abonados, muestra que según considera, aún sería también ínfima.

Precisa la empresa operadora que pese a tratarse de obligaciones similares, respecto al cumplimiento de Medidas Correctivas impuestas, el OSIPTEL no realiza acciones de supervisión similares.

De otro lado, TELEFÓNICA refiere que la propia Medida Correctiva señala que en caso de haberse facturado el periodo en cuestión corresponde su análisis de acuerdo a los artículos establecidos para tal fin en el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL; con lo cual, resultaría incongruente que se sustente la imputación en base a su carta N° TP-AG-GGR-1647-16 del 07 de julio de 2016, la misma que informa sobre las devoluciones respectivas, conforme a dicha norma, y sin vulnerar lo dispuesto en la Medida Correctiva.

Agrega que procedió a realizar las devoluciones por el dinero recaudado a los abonados supervisados que no contaron con la velocidad mínima garantizada, tal y como lo ha demostrado con sus comunicaciones TP-AG-GGR-3218-16 del 30 de noviembre de 2016 y TP-0664-AG-GGR-17 del 28 de diciembre de 2017 que anexa.

En relación a lo señalado por la empresa operadora, es preciso mencionar que no es requisito para la configuración de la infracción que se trate de un hecho generalizado, pues las sanciones buscan reprimir la conducta infractora y evitar que ella se generalice; sin perjuicio que dicha circunstancia pueda ser evaluada en lo correspondiente a la graduación de la sanción.

De otro lado, cabe destacar que el uso de técnicas de muestreo se encuentra dentro del ámbito de discrecionalidad aplicable a la etapa de supervisión, no siendo un requisito para la misma. Adicionalmente, no se encuentra legalmente establecido que ello necesariamente deba efectuarse para la verificación de la configuración de una infracción.

Lo anterior se sustenta en el hecho que es obligación de la empresa operadora con el Estado Peruano el cumplir con sus obligaciones; lo que además, es consistente con el propósito del sistema administrativo sancionador que busca evitar que el autor cometa en el futuro nuevas infracciones.

Es preciso tener en cuenta la Resolución N° 030-2014-CD/OSIPTEL, de fecha 20 de febrero de 2014, a través de la cual Consejo Directivo señaló que no es necesario contar con una diversidad de casos donde se evidencie incumplimiento a la normativa, para que el OSIPTEL ejerza sus funciones supervisoras, fiscalizadoras y sancionadoras<sup>5</sup>.

De otro lado, en cuanto al Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima, si bien de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.15 del Título Preliminar del TUO de la LPAG, las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las

<sup>5</sup> Así dicho pronunciamiento señala lo siguiente:

*“En ese sentido, como muy bien lo expresó la Gerencia General en la Resolución apelada, no es necesaria una diversidad de casos o incumplimientos generalizados para que se decida una acción de supervisión que sirva de sustento al inicio de un futuro procedimiento administrativo sancionador, lo cual no es óbice para que el número de abonados afectados pueda ser considerado para efectos de determinar el daño ocasionado<sup>5</sup>. Por tanto, basta que la empresa operadora presente un solo supuesto que configure la inobservancia de la normativa legal, contractual o técnica para que el Regulador emprenda una acción de supervisión destinada a verificarla. Lo importante es que el OSIPTEL ejerza sus funciones fiscalizadora y sancionadora para evitar la propágación de conductas atentatorias contra los usuarios y abonados.”*





expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por las prácticas y los antecedentes administrativos; sin embargo, debe considerarse que cada caso se analiza conforme a sus particularidades, más aún cuando se aprecia que en el caso citado por TELEFÓNICA -incumplimiento de la Medida Correctiva contenida en la Resolución N° 00238-2016-GG/OSIPTEL- las medidas dictadas por el OSIPTEL estuvieron relacionadas con cuatro (04) distritos afectados, a diferencia del presente caso.

Siendo así, no podría alegarse una deficiente motivación que pudiera dar lugar a su nulidad, sobre la base del desacuerdo por parte de la empresa operadora del procedimiento de supervisión realizado por la GSF, y en particular, sobre el número de casos que originaron la imputación.

Finalmente, cabe señalar que la verificación de las devoluciones ordenadas en el numeral (v) de la RESOLUCIÓN 011 está siendo materia de verificación por parte de la GSF, conforme se señala en los Informes de Supervisión y Final de Instrucción; sin perjuicio de ello cabe indicar que en el acápite 1.4 del presente análisis se evaluarán las acciones realizadas por TELEFÓNICA respecto del incumplimiento del numeral (iv).

Por lo anteriormente indicado, corresponde desestimar lo argumentado por la empresa operadora en este extremo

## **1.2 Sobre la solicitud de suspensión del PAS debido a la existencia de una demanda judicial de nulidad contra lo resuelto por el OSIPTEL.-**

TELEFÓNICA señala en sus Descargos que con fecha 19 de agosto de 2018, presentó una demanda Contencioso Administrativa en contra del OSIPTEL, la misma que solicita se declare la nulidad de lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 062-2016-CD/OSIPTEL. En esa línea, dicha empresa operadora argumenta que el presente PAS debe ser suspendido hasta que la instancia judicial competente analice, conozca y emita pronunciamiento

Refiere TELEFÓNICA que en sede judicial se discute la nulidad de la Resolución indicada, en cuanto a lo siguiente: (i) La metodología utilizada en los Informes de Supervisión que originaron la imposición de la Medida Correctiva, basados en una muestra no representativa que afectó su derecho de prueba, no siendo idóneos para acreditar el supuesto incumplimiento de la velocidad mínima garantizada (VMG); (ii) Que el muestreo utilizado no resultaba suficiente para realizar una fiscalización efectiva, al no utilizarse un método científico, contraviniendo la propia metodología elegida por el Regulador a través del Tribunal de Solución de Reclamos - TRASU; y (iii) Que el procedimiento utilizado para fiscalizar el servicio de Internet no había sido aprobado por Resolución de Consejo Directivo, conforme lo exige la ley.

De esta manera, a consideración de TELEFÓNICA, la Medida Correctiva impuesta vulneraría los Principios de Legalidad, Razonabilidad y de Teoría Estadística.

Manifiesta dicha empresa operadora que le resultaría perjudicial y contradictorio se le imponga una multa como consecuencia del PAS, cuando podría declararse la ilegalidad de la Medida Correctiva. De esta manera, en tal supuesto se estaría materializando un claro ejercicio arbitrario de las facultades otorgadas al OSIPTEL.

De otro lado, señala que en tanto las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa,





reconocido en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú, no podría tratarse el presente PAS como un procedimiento independiente, ya que este devendría y se encontraría supeditado a otro procedimiento que se encuentra pendiente de ser resuelto en vía judicial.

En cuanto a lo señalado por TELEFÓNICA, es importante señalar que la existencia de un procedimiento judicial por sí misma no implica la suspensión de un procedimiento seguido en sede administrativa, más aún cuando se trata de un procedimiento de verificación vinculado a una resolución válidamente emitida por OSIPTEL y en la que se agotó la vía administrativa; puesto que, conforme se ha indicado, la Resolución N° 062-2016-CD/OSIPTEL, se pronunció por la apelación presentada por TELEFÓNICA contra lo resuelto por la Gerencia General en la RESOLUCIÓN 011 y la Resolución N° 00132-2016-GG/OSIPTEL (que resolvió el recurso de reconsideración presentado por la empresa operadora).

Cabe indicar que en igual sentido, el artículo 108° del Reglamento General del OSIPTEL dispone lo siguiente:

**Artículo 108.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL y suspensión de procedimientos**

*Las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTEL se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnativos que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por un órgano funcional cuando el superior jerárquico de dicho órgano o el Poder Judicial de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución o decisión impugnada. (...).*

Asimismo, el artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, establece que “La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario”.

De esta manera, en el presente caso TELEFÓNICA no ha acreditado la existencia de un pronunciamiento en la vía judicial que disponga la suspensión de los efectos de la Resolución de Consejo Directivo N° 062-2016-CD/OSIPTEL, siendo así, tal pronunciamiento resulta ejecutable, no pudiendo atenderse lo solicitado por dicha empresa operadora.

**1.3 Sobre la vulneración al Principio de Legalidad al ordenarse dejar de facturar y cobrar por el servicio de acceso a Internet.-**

TELEFÓNICA señala que resulta contrario al Principio de Legalidad ordenarle dejar de facturar por los servicios prestados a todos los residentes del distrito de Satipo por la prestación del servicio de Internet, pues ello excede la finalidad reparadora o correctora que cumplen las Medidas Correctivas, imponiéndole en realidad un acto de gravamen.

Refiere dicha empresa operadora que el ordenamiento legal en materia de telecomunicaciones no ha establecido como medida correctiva que se pueda imponer a la empresa operadora la obligación de dejar de cobrar por los servicios que son efectivamente prestados, lo cual implica brindar servicios de manera gratuita, puesto que lo que sí prevé el ordenamiento es la devolución del dinero “indebidamente” cobrado.





Considera TELEFÓNICA que, pese que las Medidas Correctivas deben cumplir con el Principio de Legalidad, al establecerse que omita el cobro por los servicios de Internet efectivamente prestados a todos los abonados de Satipo, se exceden los parámetros previstos para la imposición de las mismas, siendo ello una medida gravosa que le ocasiona un evidente perjuicio.

De otro lado, señala TELEFÓNICA al momento de realizarse las supervisiones que originaron la emisión de la Medida Correctiva (años 2011 a 2014), las mediciones se aplicaron sin ningún procedimiento oficial de medición de velocidad de Internet, y que con posterioridad en el año 2015 la GSF oficializó un procedimiento de medición de la velocidad de acceso a Internet.

Respecto a lo señalado por TELEFÓNICA se debe precisar que en el presente PAS se verifica el cumplimiento de una Medida Correctiva impuesta por el OSIPTEL, en el marco de un procedimiento administrativo sobre el cual quedó agotada la vía administrativa; no siendo el presente PAS la vía para revisar tal pronunciamiento, lo cual no infringe el Principio de Legalidad; más aún cuando -conforme se ha indicado- dicha empresa operadora no ha acreditado la existencia de un pronunciamiento en la vía judicial que disponga la suspensión de los efectos de la Resolución de Consejo Directivo N° 062-2016-CD/OSIPTEL.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, cabe señalar que a través de la impugnación a lo dispuesto en los numerales (i) y (iv) del artículo 1° de la RESOLUCIÓN 011, TELEFÓNICA argumentó también su desacuerdo con lo ordenado, alegando de la misma manera, una supuesta afectación a sus derechos a la libertad de empresa y de contratación; respecto de lo cual, se pronunció el Consejo Directivo en la Resolución N° 062-2016-CD/OSIPTEL señalando, precisamente, que a través de lo dispuesto se busca revertir los efectos derivados del incumplimiento detectado, con lo cual, resulta válido disponer que ante el incumplimiento de las condiciones esenciales que determinaron la contratación del servicio (entre ellas el cumplimiento de la VMG), éste no sea facturado o cobrado, así como la devolución si ello se produjera; lo cual no vulnera el Ordenamiento Jurídico<sup>6</sup>.

De igual forma, en cuanto a su desacuerdo sobre el procedimiento de medición de velocidad, la Resolución de Consejo Directivo N° 116-2016-CD/OSIPTEL en un caso similar, se pronunció señalando que las supervisiones para la emisión de la Medida Correctiva fueron realizadas acorde con el Principio de Discrecionalidad previsto en el Reglamento General de Acciones de Supervisión del cumplimiento de la normativa aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>7</sup>, norma vigente al momento en que fueron efectuadas las mismas.

<sup>6</sup> Así, la Resolución de Consejo Directivo N° 116-2016-CD/OSIPTEL señala, entre otros, lo siguiente:

**4.4 Sobre la vulneración de los Principios de Legalidad y de Razonabilidad, considerando que una MC que obligue al no cobro de un servicio prestado y a la devolución de montos facturados es contraria al ordenamiento jurídico.**

(...)

Asimismo, en el caso de la MC dispuesta para que TELEFÓNICA efectúe devoluciones, lo que busca es revertir los efectos derivados de dicho incumplimiento.

(...) debemos señalar que si bien el marco jurídico reconoce derechos a las empresas operadoras a fin de proteger sus inversiones, también es cierto que el mismo ha establecido obligaciones a cargo de las empresas, con la finalidad de proteger a la parte débil de la relación jurídica que origina la celebración del contrato de abonado del servicio público de telecomunicaciones.

En ese contexto, la efectividad de la prestación de un servicio de telecomunicaciones no sólo está dada por el hecho mismo de la prestación del servicio, sino también porque se realice de forma continua e ininterrumpida, respetando los parámetros de calidad del servicio, conforme a las condiciones y velocidad de transmisión garantizada estipuladas en el contrato de abonado, entre otras. (...)"

<sup>7</sup> Aprobado por Resolución N° 034-97-CD-OSIPTEL del 30 de diciembre de 1997







Asimismo, en tal pronunciamiento se indicó que correspondía considerar que la GSF definió la metodología de medición para el servicio de acceso a Internet de TELEFÓNICA, comunicándolo oportunamente a la empresa operadora -en el caso de la Medida Correctiva impuesta en el Expediente N° 00008-2013-GG-GFS/MC el 20 de mayo del 2014, a través de la carta N° 1058-GFS/2014<sup>8</sup>- con la finalidad de mantenerla informada respecto de la forma en la que el OSIPTEL realizaría las mediciones, sin que durante el procedimiento de supervisión se recibieran observaciones por parte del personal de la empresa operadora respecto de la pertinencia de la metodología utilizada para la realización de las mediciones de velocidad del servicio de acceso a Internet<sup>9</sup>.

#### **1.4 Sobre las acciones realizadas por TELEFÓNICA para el cumplimiento de la Medida Correctiva y la aplicación del Principio de Razonabilidad.-**

Señala TELEFÓNICA que adoptó todas las medidas necesarias para el cumplimiento de la Medida Correctiva, puesto que realizó la suspensión temporal de la comercialización del servicio de Internet en Satipo desde el año 2013, efectuando acciones como el balanceo de la carga entre los equipos de acceso para optimizar el ancho de banda, ampliación del ancho de banda en 30 Mb adicionales con la instalación de un nuevo acceso con Tecnología Ethernet (Satipo-4), balanceo de carga entre los cuatro equipos resultantes (DSLAM) después de la ampliación, entre otras acciones.

En ese contexto, manifiesta dicha empresa operadora, que en el mes de mayo de 2016 levantó la restricción comercial, puesto que había incrementado su capacidad de red en la zona, por tal motivo, se realizaron las 155 altas materia de imputación; cuando inclusive contaba con un Contrato de Arrendamiento de Fibra Óptica Oscura con ELECTROCENTRO S.A.<sup>10</sup>, el mismo que se encontraba dentro del proyecto técnico desplegado por TELEFÓNICA, y cuya entrega de los hilos de fibra óptica se realizó el 01 de mayo de 2016.

Agrega dicha empresa operadora que el 14 de junio de 2016, mediante carta TP-AG-GGR-1447-16, acreditó contar con la capacidad de red suficiente para cumplir con la VMG en sus contratos de abonado; luego de lo cual, y habiendo transcurrido casi un mes, el 27 de julio de 2016, obtuvo el pronunciamiento del OSIPTEL contenido en el Informe N° 00606-GFS/2016, que declara dicha capacidad de red; no siendo, por tanto, razonable esperar hasta finales de julio de 2016 para comercializar su servicio de Internet.

Concluye así TELEFÓNICA que cumplió con la finalidad de la Medida Correctiva de garantizar la VMG, y como resulta razonable, una vez realizada la mejora en el transporte de datos, reanudó la contratación.

De esta manera, considera dicha empresa operadora que resultaría falso lo señalado, respecto a que obtuvo un beneficio ilícito, pues de manera contraria, realizó todas las acciones de mejora en la localidad de Satipo, inclusive con anterioridad al inicio del presente PAS; y adicionalmente, procedió a realizar las devoluciones por el dinero recaudado a los abonados supervisados que no contaron con la velocidad mínima garantizada, tal y como lo demostró con las comunicaciones TP-AG-GGR-3218 presentada el 30 de diciembre de 2016 y TP-0664-AG-GGR-17 presentada el 28 de febrero de 2017.

<sup>8</sup> Según lo referido en el Informe N° 831-GFS/2014, cuya copia obra en el Expediente N° 00026-2014-GG-GFS/MC.

<sup>9</sup> Cabe señalar que esa línea argumentativa se ha pronunciado el Consejo Directivo del OSIPTEL en la Resolución N° 116-2016-CD/OSIPTEL.

<sup>10</sup> El mismo que obra en el Expediente de Confidencialidad N° 00567-2018-GG/IC, en atención a la solicitud de Confidencialidad presentada por TELEFÓNICA en sus Descargos 2





Al respecto, antes de analizar las acciones que señala haber realizado TELEFÓNICA conviene referirse a los hechos que originaron la emisión de la Medida Correctiva, así como a los incumplimientos detectados por la GSF, a fin de determinar la medida a imponer sobre la base del principio de Razonabilidad.

• **Sobre la Medida Correctiva impuesta:**

Conforme se desprende de la RESOLUCIÓN 011, la Medida Correctiva se emitió al haberse verificado de las mediciones de velocidad realizadas por la GSF entre el 25 de julio y 04 de agosto de 2011, 22 y 29 de noviembre de 2012, 04 y 05 de febrero de 2013, 10 y 11 junio de 2014, del servicio de acceso a Internet brindado por TELEFÓNICA en el distrito de Satipo -según lo analizado en los Informes de Supervisión N° 1025-GFS/2011, N° 1126-GFS/2013 y N° 541-GFS/2014<sup>11</sup>- que la velocidad de bajada brindada por dicha empresa operadora era menor a la velocidad de bajada mínima garantizada estipulada en sus contratos de abonado; con lo cual, dicha empresa operadora incumplía con lo establecido en el primer párrafo del artículo 9°<sup>12</sup> del TEO de las Condiciones de Uso, puesto que en virtud de la celebración del contrato de prestación de servicios, la empresa operadora debía someterse a los términos contenidos en el mismo.

En efecto, de las mediciones finales realizadas por la GSF los días 10 y 11 de junio de 2016<sup>13</sup>, y luego de la verificación de las acciones que señaló haber realizado TELEFÓNICA -antes de la emisión de la Medida Correctiva- para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en sus contratos suscritos con sus abonados, se verificó el siguiente rango de incumplimiento de la VMG:

Cuadro N° 1: Incumplimiento de la VMG en el distrito de Satipo

DSLAM que proveen el servicio al distrito de Satipo	Capacidad	N° de mediciones realizadas	N° de mediciones en las que se incumplió la VMG de bajada	Ratio del incumplimiento de la VMG, por DSLAM
Satipo	4 E1	11	10	91%
Satipo 2	4 E1	9	5	56%
Satipo 3	3 E1	9	6	67%
Satipo 4	15 E1	8	2	33%
TOTAL		38	24	

Fuente: Resolución N° 062-2016-CD/OSIPTTEL

En esa línea, considerando que de acuerdo a lo establecido en el artículo 23°<sup>14</sup> del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTTEL (RFIS), las Medidas Correctivas tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación, y para lo cual se ordena a las empresas operadoras realizar una determinada conducta o abstenerse de ella; la Medida Correctiva verificada en el presente PAS, dispuso una serie de obligaciones a TELEFÓNICA hasta que dicha empresa operadora acredite ante el OSIPTTEL tener la capacidad de red suficiente para cumplir con la velocidad de bajada mínima garantizada establecida en sus contratos de abonado, en el distrito de Satipo.

Asimismo, es de considerar que entre tales medidas se ordenó la suspensión de la contratación del servicio de Internet o la migración con mayores requerimientos de VMG,

<sup>11</sup> Obrantes en el Expediente N° 00008-2013-GG-GFS/MC

<sup>12</sup> Antes artículo 7° de las Condiciones de Uso, cuyo contenido se ha recogido de manera íntegra en el artículo 9° del TEO de las Condiciones de Uso.

<sup>13</sup> Expediente N° 00208-2014-GG-GFS

<sup>14</sup> Cabe señalar que esta parte de la redacción del mencionado artículo, se mantuvo en la modificación prevista en la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTTEL.





a fin que los abonados que mantenían contratos vigentes con dicha empresa operadora no siguieran siendo perjudicados con nuevas contrataciones que degradasen aún más la velocidad que recibían, o que pese a no contaban con la prestación de un servicio acorde con lo contratado, tuvieran que pagar la respectiva facturación.

- **Sobre los incumplimientos detectados por la GSF.-**

Conforme lo señalado en los numerales (i) y (iii) de la RESOLUCIÓN 011, TELEFÓNICA debía suspender la suscripción de nuevos contratos y autorización de migraciones con mayores requerimientos de velocidad, hasta la acreditación formal, validada mediante acciones de supervisión por la GSF, de tener la capacidad de red suficiente para cumplir con brindar la velocidad contratada.

Por su parte, conforme a lo ordenado en el numeral (iv) de la Medida Correctiva, TELEFÓNICA debía dejar de facturar y cobrar por el servicio de Internet hasta obtener el pronunciamiento favorable a su acreditación.

Al respecto, de la revisión de la información obrante en el Expediente de Supervisión, se aprecia que en respuesta a la comunicación C.01112-GFS/2016<sup>15</sup> notificada el 26 de mayo de 2016 -en la cual se requirió a TELEFÓNICA sustentar el cumplimiento de lo indicado en los numerales (i) al (vi) de la Medida Correctiva- a través de la comunicación TP-AG-GGR-1447-16<sup>16</sup> de fecha 14 de junio de 2016, TELEFÓNICA informó sobre el cumplimiento de lo ordenado en el numeral (i) de la Medida Correctiva.

En tal comunicación, TELEFÓNICA señaló haber suspendido la suscripción de nuevos contratos de Internet en el Distrito de Satipo, y comunicó las acciones de mejora realizadas para cumplir con la velocidad de Internet en sus Contratos de abonado, haciendo alusión a la comprobación que sobre el particular realizó la GSF en la acción de supervisión del 03 de junio de 2016; siendo que tal comunicación constituiría la acreditación formal de contar con la capacidad de red suficiente para cumplir con brindar la velocidad contratada.

Considerando lo anterior, mediante Informe N° 00606-GFS/2016, emitido el 27 de julio de 2016<sup>17</sup>, la GSF realizó la evaluación de la acreditación presentada por TELEFÓNICA el 14 de junio de 2016, considerando la información recabada en la acción de supervisión realizada por dicha Gerencia el 03 de junio de 2016; señalando en su análisis que en dicha acción de supervisión se verificó que a la fecha TELEFÓNICA contaba con una nueva infraestructura de red, y de la revisión de las curvas de tráfico no se apreciaba saturación en los enlaces que transportan el tráfico de los DSLAM<sup>18</sup> Satipo-4 y Satipo-5.

En consecuencia, en el Informe N° 00606-GFS/2016 la GSF concluyó que dicha empresa operadora en cumplimiento del numeral (i) de la Medida Correctiva, realizó trabajos de ampliación de red y migraciones de abonados a la nueva infraestructura; contando con la capacidad de red suficiente para brindar el servicio de acceso a Internet en dicho distrito, en cumplimiento de la VMG establecida en sus contratos de abonado; validando así la acreditación presentada por TELEFÓNICA a través de la comunicación N° TP-AG-GGR-1447-16. Cabe señalar que el Informe N° 00606-GFS/2016 fue notificado por la GSF el 01 de agosto de 2016.

<sup>15</sup> Folio 31 del Expediente de Supervisión

<sup>16</sup> Folio 40 del Expediente de Supervisión

<sup>17</sup> Dentro del plazo previsto en la Resolución N° 011-2016-GG/OSIPTEL en el numeral (iii)

<sup>18</sup> Digital Subscriber Line Access Multiplexer. El DSLAM es un multiplexor localizado en la central telefónica que proporciona a los abonados acceso a los servicios DSL sobre cable de par trenzado de cobre.





Sobre el particular, conforme analizó la GSF de la información recabada en la acciones de supervisión realizadas el 03 de junio<sup>19</sup> y 18 de julio de 2016<sup>20</sup>, así como los reportes trimestrales remitidos por TELEFÓNICA en atención al Requerimiento de Información Anual (RIA)<sup>21</sup>; con anterioridad a la acreditación formal presentada ante el OSIPTEL a través de la comunicación N° TP-AG-GGR-1447-16 presentada el 14 de junio de 2016; dicha empresa operadora realizó 155 altas del servicio de acceso a internet entre el 5 y el 25 de mayo de 2016, pese a lo ordenado en el numeral (i) de la Medida Correctiva.

De igual manera, de acuerdo al análisis de la comunicación N° TP-AG-GGR-1647-16<sup>22</sup>, recibida el 07 de julio de 2016, así como del acta de supervisión del 18 de julio de 2016 (en la cual obtuvo una copia del recibo digital N° 0004-920254883<sup>23</sup>); la GSF concluyó que con anterioridad al pronunciamiento favorable a su acreditación presentada (comunicación N° TP-AG-GGR-1447-16) a través del Informe N° 00606-GFS/2016 emitido el 27 de julio de 2016; TELEFÓNICA emitió el 28 de junio de 2016 el recibo antes indicado, en el que se aprecia la facturación del servicio de Internet como “Velocidad de Internet 10M”, por el período del 18 de junio al 17 de julio de 2016, pese a lo ordenado en el numeral (iv) de la Medida Correctiva.

En relación a las acciones que señala haber implementado TELEFÓNICA con anterioridad a la comercialización de su servicio de Internet que originó las 155 altas materia de imputación, cabe señalar que para validar que las mismas resultaban suficientes para acreditar que contaba con la capacidad suficiente para brindar el servicio conforme a lo contratado, correspondía verificar que ya no se presentaban las saturaciones por insuficiente capacidad de transporte para cumplir con la VMG, que determinaron la emisión de la Medida Correctiva (Cuadro N°1), a través de acciones de supervisión; las cuales deberían determinar la fecha efectiva en la cual TELEFÓNICA contaba con tal capacidad de red.

En esa línea, considerando que en el Informe N° 00606-GFS/2016 la GSF evaluó, entre otros, la topología de red, así como las curvas de tráfico al 03 de junio de 2016, fecha de realización de la acción de supervisión, sin precisarse la fecha a partir de la cual dicha empresa operadora contaba con capacidad de red suficiente para cumplir con la VMG en el distrito de Satipo; a solicitud de la Gerencia General, la GSF ha informado en el Memorando N° 00624-GSF/2018 que del análisis de las curvas de tráfico obtenidas en las acciones de supervisión realizadas el 03 de junio y 21 de julio de 2016<sup>24</sup>, se aprecia lo siguiente:

**Cuadro N° 2: Análisis de saturación por DSLAM en el Distrito de Satipo**

DSLAM	Registro de Tráfico de los DSLAM
Satipo-1	No existe Saturación desde 08/05/16
Satipo-2	No existe Saturación desde 15/04/16
Satipo-3	No existe Saturación desde 15/04/16
Satipo-4	No existe Saturación desde 04/05/16

Fuente: Información obtenida del Memorando

De acuerdo a ello, la GSF concluyó que *“la fecha efectiva a partir de la cual es posible considerar que TELEFÓNICA cuenta con capacidad de red suficiente para cumplir con brindar la velocidad mínima garantizada en el distrito de Satipo es el 08 de mayo de 2016”*

<sup>19</sup> Folios 35 a 39 del Expediente de Supervisión, en la cual se obtuvo el listado de abonados activos del distrito de Satipo  
<sup>20</sup> Folios 55 y 56 del Expediente de Supervisión, en la cual se registran declaraciones de usuarios y abonados.  
<sup>21</sup> Los cuales contienen información sobre el número de conexiones de internet fijo, según tecnología de acceso, para los años 2015 y 2016  
<sup>22</sup> Folio 54 del Expediente de Supervisión. En tal comunicación TELEFÓNICA informó haber continuado facturando por el servicio de Internet.  
<sup>23</sup> Folio 57 del Expediente de Supervisión  
<sup>24</sup> Folios 60 a 63 del Expediente de Supervisión





(ello en atención a que en dicha fecha el DSLAM Satipo-1 fue el último DSLAM en superar la saturación).”

Como se aprecia, si bien TELEFÓNICA a través de la comunicación N° TP-AG-GGR-1447-16 presentó la acreditación de acciones para el cumplimiento de la Medida Correctiva, lo cierto es que entre abril y mayo de 2016, dicha empresa operadora completó las acciones necesarias para contar con la capacidad de red que le permitiría brindar la VMG de acuerdo a sus contratos de abonado, habiendo reconocido la propia GSF que al 08 de mayo, contaba con las condiciones necesarias para prestar el servicio en el distrito de SATIPO.

Cabe indicar que según la información recabada en la acción de supervisión realizada el 03 de junio de 2016, se cuenta con el listado de abonados del distrito de Satipo<sup>25</sup>, del cual se verifica que con anterioridad al 08 de mayo de 2016, TELEFÓNICA realizó las siguientes contrataciones en el distrito de Satipo, pese a lo ordenado en el numeral (i) de la Medida Correctiva:

Cuadro N° 3: Contrataciones realizadas por TELEFÓNICA a partir de la notificación de la Medida Correctiva y antes del 08 de mayo de 2016

TELEFONO	Fecha de Alta del Servicio	Nombre del Plan	Velocidad de Bajada Plan(kbps)
64545033	07/05/2016	Movistar Internet 4000	4000
64545056	07/05/2016	Movistar Internet 8000	8000
64545055	07/05/2016	Speedy 15000	15000
64545521	07/05/2016	Speedy 15000	15000
64545015	05/05/2016	Speedy 10000	10000
64545017	07/05/2016	Movistar Internet 4000	4000
64545039	05/05/2016	Speedy 10000	10000
64545023	07/05/2016	Movistar Internet 8000	8000

Fuente: Información alcanzada por TELEFÓNICA en la acción de supervisión del 03 de junio de 2016

En atención a lo anterior, es posible colegir, que tales contrataciones (8) se efectuaron cuando dicha empresa operadora no tenía la capacidad de red suficiente para cumplir con la VMG en el distrito de Satipo; mientras que el resto de contrataciones (147) imputadas, así como la emisión del recibo telefónico N° 0004-920254883 el 28 de junio de 2016, se realizaron cuando la empresa operadora contaba con capacidad para garantizar la VMG de acuerdo a lo contratado con sus abonados en dicho distrito, ello tomando en cuenta la información proporcionada por TELEFÓNICA y validada por la GSF.

• **Sobre el Principio de Razonabilidad.-**

Al respecto, cabe tener en consideración que por el Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa, cuando imponga sanciones o establezcan restricciones a los administrados, debe actuar 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.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; estableciendo criterios de graduación a fin que las sanciones a ser aplicadas resulten proporcionales al incumplimiento calificado como infracción.

<sup>25</sup> Folio 39 del Expediente de Supervisión





Adicionalmente, cabe tener en consideración que el Tribunal Constitucional<sup>26</sup> ha establecido que el Principio de Proporcionalidad está estructurado por tres sub principios:

- (i) **Idoneidad o de adecuación:** consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.

Al respecto, debe considerarse que la sanción administrativa tiene dos efectos, uno represivo y otro disuasivo. El efecto represivo, se entiende como un gravamen que debe ser consecuencia de una conducta lesiva a un bien jurídico protegido en una infracción administrativa. El efecto disuasivo, se entiende como el desincentivo para la comisión de futuras infracciones. Es decir, se espera que 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.

Al respecto, conforme se ha indicado, la Medida Correctiva cuyo cumplimiento se verifica en el presente PAS, dispuso una serie de obligaciones a TELEFÓNICA hasta que dicha empresa operadora acredite ante el OSIPTEL tener la capacidad de red suficiente para cumplir con la velocidad de bajada mínima garantizada establecida en sus contratos de abonado, en el distrito de Satipo; al haberse verificado en las acciones de supervisión realizadas por la GSF, que la velocidad de bajada que venía brindando en dicho distrito era menor a la velocidad de bajada mínima garantizada estipulada en sus contratos de abonado.

De acuerdo a lo señalado en el Informe N° 00606-GFS/2016, en el presente caso, TELEFÓNICA cumplió con realizar las acciones tendientes a tener la capacidad de red suficiente para brindar el servicio de Internet en el distrito de Satipo de acuerdo a lo contratado, determinándose en la línea de lo señalado en el Memorando que a partir de 08 de mayo de 2016, dicha empresa operadora tenía la capacidad de red suficiente para cumplir con brindar la velocidad mínima garantizada en dicho distrito.

En este orden de ideas, correspondería revisar el momento en que fueron realizadas las conductas de TELEFÓNICA imputadas en el presente PAS, y a la luz del Juicio de idoneidad o de adecuación, determinar si correspondería una sanción a dicha empresa operadora, atendiendo al cumplimiento de la finalidad de la Medida Correctiva:

1. En el caso del incumplimiento del **numeral (i)** de la misma, conforme fue verificado por la GSF, entre el 05 y el 25 de mayo dicha empresa operadora realizó 155 altas del servicio de acceso a Internet.

En cuanto a las 147 altas del servicio de Internet realizadas en Satipo a partir del 08 de mayo de 2016, sin perjuicio que para el cumplimiento de lo ordenado en los numerales (i) y (iv) de la Medida Correctiva, las acciones realizadas por dicha empresa operadora debían respectivamente, acreditarse formalmente ante el OSIPTEL y validarse por la GSF (mediante acciones de supervisión); y obtener el pronunciamiento favorable de dicha Gerencia para suspender la contratación o la realización de migraciones; lo cierto es que, conforme se ha indicado, a la fecha en que TELEFÓNICA realizó tales altas, contaba con la capacidad de red suficiente que le permitía cumplir con la prestación del

<sup>26</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los Expedientes N° 00535-2009-PA/TC, N° 00034-2004-AI/TC y N° 045-2004-PI/TC.



servicio de Internet en el distrito de Satipo, de acuerdo con sus obligaciones previstas en sus contratos de abonado, cumpliéndose la finalidad de la Medida Correctiva.

De esta manera, habiéndose logrado la finalidad de la Medida Correctiva en este extremo, puesto que el servicio se venía prestando de acuerdo a lo contratado, a la luz del Juicio de idoneidad o de adecuación, resulta inadecuado y desproporcional la imposición de una sanción administrativa a la empresa operadora en este extremo.

No obstante, en el caso de las 8 altas realizadas entre el 05 y el 07 de mayo de 2016, período en el que no contaba con la capacidad de red suficiente, se cumple con el Juicio de Idoneidad o Adecuación, puesto que con el inicio del PAS se busca un efecto disuasivo para que dicha empresa operadora adopte las medidas que sean necesarias para dar oportuno cumplimiento a sus obligaciones, y en adelante se espera asuma un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias.

2. En el caso del incumplimiento del **numeral (iv) de la Medida Correctiva**, conforme fue verificado por la GSF, y no desconocido por TELEFÓNICA, dicha empresa operadora el 28 de junio de 2016 emitió un recibo telefónico por el período del 18 de junio al 17 de julio de 2016; consumos que fueron facturados cuando dicha empresa operadora contaba con la capacidad de red suficiente para contratar el servicio de Internet en el Distrito de Satipo, con el consecuente cobro por la prestación del mismo.

Siendo así, no se cumple con el Juicio de idoneidad o de adecuación para continuar con el presente PAS en este extremo.

- (ii) **Necesidad:** se analiza si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

Respecto del **Juicio de Necesidad**, debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con similar eficacia respecto de los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

Así, con relación a la imposición de otras medidas, como Comunicaciones Preventivas o Medidas de Advertencia, contempladas en el Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL; se debe señalar que las primeras corresponden a comunicaciones emitidas en función al resultado de los monitoreos realizados por la GSF, los cuales, miden el desempeño de las entidades supervisadas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, con la finalidad que la empresa operadora adopte acciones correspondientes para solucionar problemas detectados.

Como se aprecia, dichos mecanismos son emitidos en el marco de verificaciones del cumplimiento de la normativa en telecomunicaciones y, de forma previa, a la comisión de infracciones administrativas, lo cual no ocurre en el presente caso, donde se habría detectado en la etapa de supervisión la infracción por el





incumplimiento del numeral (i) del artículo 1° de la Medida Correctiva en cuanto a 8 altas del servicio.

Asimismo, cabe señalar que de acuerdo a lo señalado en el artículo 30° del mencionado Reglamento, las Medidas de Advertencia podrán ser aplicadas cuando el incumplimiento verse sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de la misma, supuesto que no resulta aplicable al presente caso.

De otro lado, no cabría la imposición de una Medida Correctiva, puesto que lo verificado en el presente PAS es el incumplimiento justamente de una Medida Correctiva impuesta.

- (iii) **Proporcionalidad en sentido estricto:** consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención.

Respecto del **Juicio de Proporcionalidad**, siendo que con este sub principio se busca establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, se considera que está estrechamente vinculado con el juicio de necesidad analizado precedentemente.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que en cuanto al incumplimiento detectado respecto del numeral (i) de la Medida Correctiva al realizarse 8 contrataciones antes del 8 de mayo de 2016, efectivamente se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que ello resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar, la misma que conforme se ha indicado, era justamente que la empresa operadora no vuelva a incurrir en el incumplimiento de las Medidas Correctivas dictadas por el OSIPTEL, más aún cuando se buscaba evitar a través de ella, que la empresa operadora realice contrataciones con los usuarios del distrito de Satipo, o migraciones con mayores requerimientos de velocidad, cuando aún no contaba con la capacidad de red suficiente en el distrito para cumplir con la VMG establecida en sus contratos de abonado.

De esta manera, el inicio del presente PAS busca generar un incentivo para que en lo sucesivo TELEFÓNICA sea más cautelosa en lo que concierne al cumplimiento de las obligaciones que involucra su actividad. Es decir, es mayor el beneficio que se espera produzca la medida adoptada sobre el interés general, respecto al eventual desmedro sufrido por la empresa operadora.

Sin perjuicio de ello, diferente es el caso de las 147 contrataciones realizadas a partir del 8 de mayo de 2016, y la emisión del recibo telefónico el 28 de junio de 2016, puesto que, conforme se ha indicado, TELEFÓNICA contaba con la capacidad de red suficiente para suscribir tales contratos de abonado y consecuentemente, facturar o cobrar por el servicio de Internet; más aún cuando de lo verificado por la GSF, sólo se advierte que el incumplimiento por el numeral (iv) fue detectado a un único recibo telefónico; siendo así, no resultaría proporcional la imposición de una sanción en el presente caso.

Por lo tanto, considerando lo indicado, en aplicación del Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, y al no cumplirse con los Juicios de Idoneidad y Adecuación, así como de Proporcionalidad, corresponde archivar el presente PAS, en el extremo de la imputación por el incumplimiento del numeral (i) de la Medida Correctiva en cuanto a las 147 altas







realizadas a partir del 08 de mayo de 2016, y del numeral (iv) de la misma; debiendo proseguirse el PAS respecto de las 8 altas realizadas entre el 05 y el 07 de mayo de 2018.

Finalmente, cabe señalar que la ausencia de beneficio ilícito, así como el comportamiento posterior del administrado, así como la ausencia de reincidencia, repetición o continuidad en la comisión de la infracción, corresponden a criterios de razonabilidad para efectos de graduar la sanción, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 246° del TUO de la LPAG y lo establecido en el artículo 30° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF).

## **2. Respeto de la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad.-**

Una vez determinada la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2° de la RESOLUCIÓN 011, por el incumplimiento del numeral (i) del artículo 1° de la Medida Correctiva impuesta, en relación a ocho (8) contrataciones del servicio de Internet en el distrito de Satipo, corresponde se evalúe si en el presente caso, se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 255° del TUO de la LPAG, como en el artículo 5° del RFIS:

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento, se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento de la obligación prevista en el numeral (i) del artículo 1° de la Medida Correctiva se produjo como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio. Por tanto, no corresponde aplicar el supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento, se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento de la obligación prevista en el numeral (i) del artículo 1° de la Medida Correctiva, se haya producido como consecuencia del cumplimiento de un deber u obligación legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza este eximente, se debe entender que esta condición es aplicable en supuestos donde el administrado infractor es una persona natural respecto de la cual, se deberá acreditar el estado de incapacidad mental. Por tanto, siendo que TELEFÓNICA es una persona jurídica no corresponde aplicar el citado eximente de responsabilidad en este caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento, se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento de la obligación prevista en el numeral (i) del artículo 1° de la Medida Correctiva, se produjo por el cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento, se concluye que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento de la obligación prevista en el numeral (i)





del artículo 1° de la Medida Correctiva se generó por un error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativo, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253° del TUO de la LPAG.- La subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad. Por ello a efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:
  - La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
  - La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
  - La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
  - La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

Asimismo, es importante señalar que, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ella ocurra, existirán incumplimientos que para ser subsanados requerirán, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma. Por otro lado, debe precisarse que existirán aquellos incumplimientos cuyos efectos resulten fáctica y jurídicamente irreversibles. Serán en estos últimos casos, donde la subsanación no resultará posible y por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

En el presente caso, no se puede hacer mención a una subsanación voluntaria por parte de TELEFÓNICA en tanto que, como puede apreciarse, la infracción imputada -suscripción de nuevos contratos de abonado para la prestación del servicio de acceso a Internet y la autorización de solicitudes de migración con mayores requerimientos de VMG- se agota con la sola inobservancia de la conducta infractora; no pudiendo revertirse los efectos generados por éstas.

En atención a lo expuesto, al no haber concurrido en el presente caso las circunstancias de la subsanación voluntaria, carece de sentido pronunciarse en este extremo sobre las otras condiciones de configuración de la misma. Por tanto, no corresponde aplicar el referido eximente de responsabilidad.

### III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.-

#### 3.1 Respecto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG

A fin de determinar la graduación de las multas a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30° de la LDFF, así como el Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impone sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

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.

Con relación a este principio, el artículo 246° del TUO de la LPAG establece, que debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; y que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios de graduación:

#### **i. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:**

Este criterio de graduación se encuentra también referido en el literal f) del artículo 30° de la LDFF (beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción).

Dicho criterio se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio ilícito no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido o evitado por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

En el presente caso, el beneficio resultante de la comisión de la infracción, se encuentra representado por los costos evitados por la empresa operadora para cumplir con lo ordenado en el numeral (i) de la Medida Correctiva, es decir, la suscripción de nuevos contratos de abonado -ocho (8) altas- para la prestación del servicio de acceso a Internet y la autorización de solicitudes de migración con mayores requerimientos de VMG, sin contar con la capacidad de red suficiente para cumplir con dicha velocidad en el distrito de Satipo; lo cual involucra, los costos de contar con personal capacitado y Sistemas apropiados.

#### **ii. Probabilidad de detección de la Infracción:**

Se entenderá por probabilidad de detección a la probabilidad de que el infractor sea descubierto, asumiéndose que la comisión de una infracción determinada sea detectada por la autoridad administrativa. En un caso óptimo, la probabilidad de detección debería calcularse como la cantidad de veces que la autoridad administrativa consigue descubrir al infractor entre el total de infracciones cometidas. Sin embargo, ante la imposibilidad de tener conocimiento del total de infracciones incurridas se tiene que recurrir a formas alternativas para estimar dicha probabilidad.

En atención a ello y tomando en cuenta la naturaleza de la infracción materia del presente PAS, conforme lo señalado en el Informe de Supervisión, se debe resaltar que los mecanismos mediante los cuales el OSIPTEL pudo tomar conocimiento de la comisión de la infracción fueron, no sólo a través de la información recabada en la acciones de supervisión -realizadas el 03 de junio y 18 de julio de 2016- sino también a través de la entrega de información periódica al OSIPTEL, es decir, los reportes trimestrales remitidos por TELEFÓNICA en atención al Requerimiento de Información Anual. Considerando lo antes expuesto, se ha determinado una probabilidad de detección alta.





**iii. Naturaleza y gravedad de la infracción, daño al interés público y/o bien jurídico protegido:**

Este criterio está contemplado también en los literales a y b) del artículo 30° de la LDFF, referidos a la naturaleza y gravedad de la infracción y el daño causado por la conducta infractora.

En el presente caso, conforme se ordenó en el numeral (i) del artículo 1° de la Medida Correctiva, TELEFÓNICA debía suspender la contratación del servicio de acceso a Internet y la autorización de solicitudes de migración con mayores requerimientos de velocidad en el distrito de Satipo; con lo cual, si bien las nuevas contrataciones (8) realizadas por dicha empresa operadora estuvieron asociadas al DSLAM Satipo-5, las mismas se efectuaron cuando aún TELEFÓNICA no contaba con las condiciones para prestar el servicio, en tanto que los abonados del DSLAM Satipo-1 estaban siendo afectados al existir saturación, conforme lo analizado por la GSF en el Memorando N° 00624-GSF/2018.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 2° de la RESOLUCIÓN N° 011, y con la escala de multas establecida en la LDFF, así como lo dispuesto por el RFIS, al tratarse de una infracción leve, corresponde la aplicación de una multa entre media (0.5) y cincuenta (50) UIT, o una amonestación escrita.

**iv. Perjuicio económico causado por la infracción:**

En el presente caso, no existen elementos para determinar la magnitud del perjuicio económico causado por la infracción.

**v. Reincidencia en la comisión de la infracción:**

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG.

**vi. Circunstancias de la comisión de la infracción:**

En el presente caso se advierte que TELEFÓNICA a partir de la notificación de la Medida Correctiva suspendió la contratación del servicio de acceso a Internet y la autorización de solicitudes de migración con mayores requerimientos de velocidad en el distrito de Satipo, realizando las acciones tendientes a tener la capacidad de red suficiente para cumplir con la VMG establecida en sus contratos de abonado, lo cual fue validado en la acción de supervisión realizada por la GSF el 03 de junio de 2016, conforme se concluye en el Informe de N° 00606-GFS/2016, en el cual se alude a una nueva infraestructura de red (DSLAM Satipo-4 y Satipo-5).

Asimismo, se verifica del Contrato de Arrendamiento de Fibra Óptica Oscura suscrito entre TELEFÓNICA y ELECTROCENTRO S.A., que éste tiene como objeto el alquiler de los mismos en los tramos de Pichanaki (sic) – Satipo; y que la entrega de los hilos de fibra óptica se realizó el 01 de mayo de 2016.

No obstante, conforme se ha señalado, la GSF verificó la realización de ocho (8) contrataciones -entre el 05 y el 07 de mayo- cuando el DSLAM Satipo-1 aún tenía problemas de saturación; la misma que fue superada posteriormente el 08 de mayo de 2016.





vii. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor respecto de la comisión de la infracción:

No se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción por el incumplimiento del numeral (i) del artículo 1° de la Medida Correctiva impuesta, en relación a ocho (8) contrataciones del servicio de Internet en el distrito de Satipo; sin embargo, se advierte una actitud negligente para adecuar su comportamiento según lo ordenado en la Medida Correctiva.

Por tanto, atendiendo a los hechos acreditados en el presente PAS, así como, luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el TUO de la LPAG (en específico, a los criterios de “beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción”, “probabilidad de detección de la infracción”, “la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido”), corresponde sancionar a TELEFÓNICA con una AMONESTACIÓN por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2° de la Resolución N° 00011-GG/2016, por el incumplimiento del numeral (i) del artículo 1° de la Medida Correctiva impuesta, en relación a ocho (8) contrataciones del servicio de Internet en el distrito de Satipo detalladas en el Cuadro N° 3 del presente análisis.

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL y en aplicación del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- DAR POR CONCLUIDO el presente procedimiento administrativo sancionador iniciado a TELEFÓNICA PERÚ S.A.A. respecto de la infracción tipificada en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00011-2016-GG/OSIPTEL que le impuso una Medida Correctiva; por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el numerales (i) del artículo 1° de la misma, respecto de 147 contrataciones realizadas entre el 08 y el 25 de mayo de 2018; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- DAR POR CONCLUIDO el presente procedimiento administrativo sancionador iniciado a TELEFÓNICA PERÚ S.A.A. respecto de la infracción tipificada en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00011-2016-GG/OSIPTEL que le impuso una Medida Correctiva; por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el numeral (iv) del artículo 1° de la misma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- SANCIONAR a la empresa TELEFÓNICA PERÚ S.A.A. con una AMONESTACIÓN, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 00011-2016-GG/OSIPTEL que le impuso una Medida Correctiva; por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el numeral (i) del artículo 1° de la misma, en relación a ocho (8) contrataciones del servicio de Internet en el distrito de Satipo detalladas en el Cuadro N° 3 del presente análisis; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución:

Cuadro N° 3: Contrataciones realizadas por TELEFÓNICA a partir de la notificación de la Medida Correctiva y antes del 08 de mayo de 2016

TELEFONO	Fecha de Alta del Servicio	Nombre del Plan	Velocidad de Bajada Plan(kbps)
64545033	07/05/2016	Movistar Internet 4000	4000
64545056	07/05/2016	Movistar Internet 8000	8000
64545055	07/05/2016	Speedy 15000	15000





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

64545521	07/05/2016	Speedy 15000	15000
64545015	05/05/2016	Speedy 10000	10000
64545017	07/05/2016	Movistar Internet 4000	4000
64545039	05/05/2016	Speedy 10000	10000
64545023	07/05/2016	Movistar Internet 8000	8000

**Artículo 4º.-** Notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA PERÚ S.A.A., conjuntamente con el Memorando N° 00624-GSF/2018, así como las Resoluciones N° 116-2016-CD/OSIPTTEL y N° 030-2014-CD/OSIPTTEL.

**Artículo 5º.-** Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTTEL la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional del OSIPTTEL ([www.osiptel.gob.pe](http://www.osiptel.gob.pe)), en cuanto haya quedado firme.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA  
GERENTE GENERAL

