



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL**

**N° 00157-2017-GG/OSIPTEL**

Lima, 20 de julio de 2017

EXPEDIENTE N°	:	<b>00020-2017-GG-GFS/PAS</b>
MATERIA	:	<b>Procedimiento Administrativo Sancionador</b>
ADMINISTRADO	:	<b>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</b>

**VISTO:** El Informe de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL (GSF) N° 00079-GSF/2017, concerniente al procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A** (TELEFÓNICA), por la supuesta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias (TUO de las Condiciones de Uso), ante el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9° y 120° de la misma norma.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

- Mediante el Informe de Supervisión N° 00168-GFS/2017 (Informe 1) de fecha 07 de abril de 2017, la entonces Gerencia de Fiscalización y Supervisión (hoy GSF)<sup>1</sup> emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9° y 120° del TUO de las Condiciones de Uso por parte de TELEFÓNICA, seguido en el expediente de supervisión N° 0080-2015-GG-GFS, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

**"V. CONCLUSIONES**

93. *Corresponde archivar el presente expediente de supervisión con relación a lo dispuesto en el artículo 9° del TUO De las Condiciones de Uso, respecto a la conservación de los mecanismos de contratación correspondientes a 172 líneas telefónicas, detalladas en el anexo 2.*

94. *TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido lo dispuesto por el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, al no remitir los mecanismos de contratación de 172 líneas y dado que dicho incumplimiento constituye infracción leve, de acuerdo a lo tipificado por el artículo 2° del Anexo 5 de dicha norma; corresponde que la Gerencia de Fiscalización y Supervisión inicie un **Procedimiento Administrativo Sancionador.***

95. *TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido lo dispuesto con el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto no remitió en el plazo requerido los contratos de 172 líneas solicitadas y dado que dicho incumplimiento constituye infracción leve, de acuerdo a lo tipificado por el artículo 2° del Anexo 5 de dicha norma; corresponde que la Gerencia de Fiscalización y Supervisión inicie un **Procedimiento Administrativo Sancionador.**"*

<sup>1</sup> De acuerdo con el Decreto Supremo 045-2017-PCM, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de abril de 2017.







PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

presentación de sus descargos al Informe 2, la misma que fue atendida mediante Carta C. 00175-GSF/2017, notificada el 22 de mayo de 2017.

7. Mediante comunicación TP-1708-AR-GGR-17, recibida el 08 de junio de 2017, TELEFÓNICA presentó sus descargos al Informe 1 y 2 (Descargos 1), asimismo solicitó informe oral, el mismo que fue atendido mediante Carta C.00304-GSF/2017, notificada el 12 de junio de 2017.
8. Con fecha 13 de junio de 2017, se desarrolló el Informe Oral solicitado por TELEFÓNICA, en el local del OSIPTEL.
9. Con fecha 15 de junio de 2017, la GSF remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 00079-GSF/2017 (Informe final de instrucción).
10. Mediante comunicación N° C.00639-GG/2017 notificada el 21 de junio de 2017, en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 253° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS se puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe final de instrucción, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles.
11. A través de la carta TP-1986-AR-GGR-17, recibida el 07 de julio de 2017, TELEFÓNICA presentó descargos adicionales (Descargos 2).

## **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, 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 41° 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 los Informes 1 y 2, TELEFÓNICA habría trasgredido lo establecido por el artículo 9°<sup>2</sup> y 120° del TUO de las Condiciones de Uso, aprobadas por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, norma que establece lo siguiente:

### ***Artículo 9.- Celebración de contrato de abonado***

*(..)*

*La celebración del contrato de abonado se efectuará utilizando los mecanismos de contratación previstos en el Título XIII. En todos los casos, la empresa operadora estará obligada a conservar el contrato de prestación de servicios y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere, independientemente del mecanismo de contratación utilizado, así como de la modalidad de pago del servicio. (...)"*

<sup>2</sup> Si bien mediante Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL sustituyó el anterior artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, entrando en vigencia a partir del 01 de octubre de 2015, en lo que respecta a la obligación de conservar el contrato, esta subsistió y solo añadió el deber de las empresas operadoras de mantener el contrato por un plazo de diez (10) años contados a partir de la fecha en que se terminó el mismo.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

**Artículo 120.- Carga de la prueba**

La carga de la prueba respecto de la solicitud y/o aceptación a que se refiere el artículo 117° y de lo dispuesto en el artículo 118°, corresponde a la empresa operadora.

La empresa operadora tiene la obligación de suministrar al abonado y a OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117°.

(Sin subrayado en el original)

En efecto, en el presente caso, según lo verificado por la GSF en el Informe 1 y 2, TELEFÓNICA incumplió con su obligación de conservar los mecanismos de contratación de 176 líneas telefónicas, así como la obligación de suministrar los mecanismos de contratación de los planes con tecnología HFC contratados respecto de 342 líneas telefónicas, de acuerdo a lo requerido por el OSIPTEL con carta C.707-GFS/2015 notificada el 21 de abril de 2015, según el siguiente detalle:

**Cuadro N° 1: Resumen de incumplimientos imputados**

Incumplimientos imputados a TELEFÓNICA			
	Informe de Supervisión 1	Informe de Supervisión 2	Total
Artículo 9°	172 líneas <sup>3</sup>	4 líneas fijas <sup>4</sup>	176 líneas
Artículo 120°	172 líneas		172 líneas <sup>5</sup>

Fuente: Elaboración PIA

Cabe señalar que el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9° y 120° del TUO de las Condiciones de Uso, se encuentra tipificado como infracción leve en el artículo 2°<sup>6</sup> del Anexo 5 de la misma norma.

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el 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>7</sup>, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

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.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos corresponde continuar con el trámite del análisis del PAS iniciado a TELEFÓNICA, por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito.



<sup>3</sup> Corresponden a 170 líneas detalladas en el Anexo 2 del presente pronunciamiento, adjunto en el disco magnético, más los casos de las líneas [redacted] incluidas en el Informe 1.

<sup>4</sup> Líneas correspondientes a la ampliación del PAS: [redacted]

<sup>5</sup> Detallados en el Anexo 1 del presente pronunciamiento, adjunto en el disco magnético.

<sup>6</sup> Artículo 2.- Infracciones leves

Constituyen infracciones leves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: (...)9°, ..... 120° (...)"

<sup>7</sup> PEDRESCHI GARCÉS, Willy. "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

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos formulados por la empresa TELEFÓNICA a través de sus descargos 1 y 2, respecto a la imputación de cargos formulada por la GSF.

### 1. Análisis de los Descargos.-

En sus descargos, TELEFÓNICA cuestionó el PAS en los siguientes términos:

- 1.1. La imputación realizada no se subsume en el supuesto de hecho regulado en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que TELEFÓNICA no se encuentra obligada a resguardar contratos de clientes que no son abonados, por lo tanto no ha incumplido ninguna obligación establecida en el citado artículo, y al pretender sancionar por un acto u omisión que no se encuentra tipificada como infracción al momento de la comisión de la presunta infracción se estaría vulnerado el Principio de Tipicidad.
- 1.2. Solicita se disponga el archivo definitivo de la imputación efectuada del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, respecto de las líneas telefónicas N° [REDACTED], toda vez que los audios presentados – contrario a lo alegado por la GSF- si serían reproducibles y acreditarían el cumplimiento de la conservación de sus mecanismos de contratación.
- 1.3. Respecto a la imputación del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, señala que la ampliación del PAS en el caso de tres líneas, no resulta legal en la medida que el tipo infractor supuestamente infringido tiene como presupuesto que exista una contratación válidamente realizada, lo cual no correspondería al presente caso.
- 1.4. Señala que la conducta infractora imputada respecto del incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso; no se encuentra tipificada, toda vez que no se deriva de la literalidad de la norma que la empresa se encuentre obligada a la entrega dentro del plazo otorgado.
- 1.5. Solicita al OSIPTEL tener en cuenta la subsanación voluntaria de las supuestas conductas imputadas, toda vez que las regularizaciones presentadas por la empresa operadora se realizaron antes del inicio del PAS y revirtieron los efectos.
- 1.6. En virtud del Principio de Razonabilidad, debe considerarse las circunstancias de la comisión de la supuesta infracción, así como, las acciones y esfuerzos que ha realizado no solo para lograr ubicar la información requerida, sino para mejorar su sistema de archivo de contratos.
- 1.7. Solicita la aplicación del atenuante de responsabilidad conforme lo establecido en el numeral 2) del artículo 255° del TUO de la LPAG, toda vez que TELEFÓNICA ha reconocido expresamente su responsabilidad respecto a la conservación de los contratos.

#### 1.1 Respecto al supuesto cumplimiento del Artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso alegado por TELEFÓNICA

TELEFÓNICA alega que el OSIPTEL en ejercicio de sus funciones de supervisión, solicitó contratos respecto de líneas telefónicas que fueran suscritos entre los meses de febrero de 2014 y enero de 2015 y que hasta ese entonces, la regulación respecto a los





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

contratos de abonado se limitaba a señalar que la empresa operadora debía conservar los mecanismos de contratación de sus abonados, sin incluir ninguna precisión adicional respecto al plazo u otra condición por lo que, razonablemente una empresa operadora podía entender como exigible la obligación de guardar los contratos de abonado únicamente mientras sus clientes mantengan dicha condición, es decir, que efectivamente sean abonados.

En consecuencia, la empresa operadora alega que no ha incumplido ninguna obligación establecida en el citado artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que no tenía la obligación de resguardar los contratos de aquellos clientes con los que no mantenían vínculo contractual.

La empresa operadora manifiesta que la autoridad ha imputado la no conservación de un número de contratos de abonados a pesar que los mismos ya no son clientes de TELEFÓNICA por lo cual corresponde que las referidas imputaciones sean ARCHIVADAS en tanto no se subsumen dentro del tipo infractor vigente al momento de la ocurrencia de la conducta supervisada, bajo la misma lógica que sostuvo el Informe de Supervisión N° 663-GFS/2015. Asimismo indica que, una interpretación contraria constituiría una trasgresión a los Principios de Tipicidad y de Irretroactividad.

TELEFÓNICA, indica que resulta imprescindible y necesario, que dicha obligación se encuentre adecuadamente tipificada, que prevea un plazo determinado de manera indubitable, no siendo posible realizar una interpretación extensiva o analógica para la imputación de infracciones administrativas por contravenir los límites del ejercicio de la potestad sancionadora y que aun en el supuesto negado de aceptar el análisis de la GSF, tampoco existe la obligación de resguardar los mecanismos de contratación siendo que las líneas se encontraban en estado de baja<sup>6</sup>.

Al respecto, cabe mencionar el artículo 246° del TUO de la LPAG, que señala lo siguiente:

**Artículo 246.- Principios de la potestad sancionatoria administrativa**  
(...)

**4) Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables, administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analoga. (...)

**5) Irretroactividad.-** Son aplicables las disposiciones sancionatorias vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. (...)

En ese sentido, cabe anotar que el Principio de Tipicidad exige que sólo pueda sancionarse aquellas conductas que se encuentren previstas expresamente, en norma con rango de ley, como una infracción sin admitir interpretaciones extensivas o analogías. En efecto, tal como señala el Tribunal Constitucional<sup>9</sup> este principio permite que las conductas sancionables estén debidamente delimitadas de modo que quedan proscritas las cláusulas generales o indeterminadas, esto es, aquellas cuyo contenido no es expreso y conocible, sino que tiene que ser "llenado" o concretizado a través de argumentos utilizados para tal efecto, a veces posteriores al acto que se pretende sancionar.



<sup>6</sup> Al respecto, TELEFÓNICA en sus Descargos Adicionales, señaló que 08 líneas se encontraban en estado de baja a la fecha del reconocimiento de que no se había logrado ubicar los mecanismos de contratación y 24 líneas se encontraban en estado de baja con anterioridad a la nueva regulación - Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

Sobre el particular, Juan Carlos Morón Urbina refiere que:

*"...la norma legal debe describir específica y taxativamente todo los elementos de la conducta sancionable, reduciendo la vaguedad del enunciado sancionable de modo que tanto el administrado como la Administración prevean con suficiente grado de certeza (lex certa) lo que constituye el ilícito sancionable"<sup>10</sup>.*

En virtud a ello, corresponde determinar cuál es el contenido y alcance del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, y establecer si la conducta por la cual se atribuye el incumplimiento de dicho dispositivo, se encuentra en el supuesto de hecho infractor.

En relación a lo señalado por TELEFÓNICA, es preciso señalar que el tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso vigente<sup>11</sup> al momento de la supuesta comisión de la infracción, establece lo siguiente:

**"Artículo 9.- Celebración de contrato de abonado**

*(...) La celebración del contrato de abonado se efectuará utilizando los mecanismos de contratación previstos en el Título XIII. En todos los casos, la empresa operadora estará obligada a conservar el contrato de prestación de servicios y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere, independientemente del mecanismo de contratación utilizado, así como de la modalidad de pago del servicio. (...)".*

(Subrayado agregado)

En efecto, conforme la Exposición de Motivos de la Resolución N° 059-2012-CD/OSIPTEL<sup>12</sup>, siendo el contrato de servicios el medio que acredita la manifestación de voluntad del usuario de contratar el servicio según los términos allí establecidos, lo cual ante alguna controversia o reclamo permitirá definir las características y limitaciones o restricciones del servicio, así como los términos en que la empresa operadora se comprometió a brindarlo; la conservación del contrato de servicios resulta de carácter fundamental y no se limita a la condición de baja del servicio.

En el particular, TELEFÓNICA habría presentado 92 regularizaciones de la contratación inicial y en 80 casos, así como en 04<sup>13</sup> líneas (correspondientes a la ampliación del PAS), no ha remitido información alguna respecto de los mecanismos de contratación solicitados, detallados en el siguiente cuadro:

<sup>10</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. 11° Edición Revisada Actualizada. 2015. pp. 768

<sup>11</sup> Resolución N° 138-2012-GG/OSIPTEL vigente a partir del 01 de octubre de 2012, cuyo artículo 9° fue sustituido por el artículo primero de la Resolución N° 056-2015-CD-OSIPTEL, vigente a partir del 01 de octubre de 2015.

<sup>12</sup> "(...)

*Es importante recordar que, el artículo 98° de las Condiciones de Uso señala que las empresas operadoras tienen la carga de la prueba respecto de la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones. En ese sentido, las empresas operadoras deben conservar los contratos de abonados, toda vez que de generarse una controversia entre las empresas operadora y el abonado que origine un procedimiento de reclamo, es la empresa operadora la parte obligada a probar la existencia del contrato en cuestión.*

(...)

*Para ello, se ha establecido expresamente la obligación a cargo de las empresas operadoras de conservar el contrato de abonado y sus respectivos anexos. Asimismo, sobre la base de los comentarios de las empresas operadoras, se ha considerado pertinente establecer que para el cumplimiento de dicha obligación, las empresas se encuentran facultadas a emplear cualquier soporte informático que permita el almacenamiento y conservación de los contratos de abonado y sus anexos, reduciendo de este modo, los costos en los que la empresa incurre para tal efecto.*

(...)"

<sup>13</sup> [REDACTED]





**Cuadro N° 2: Resumen de las líneas telefónicas respecto de las cuales TELEFÓNICA no remitió el contrato original**

Mecanismo	Total	Carta	Tipo de Mecanismo	Número
Regularizados	92	TP-AF-GTR-2445-15	Regularización vía telefónica	1
		TP-AF-GTR-2197-16	Regularización vía telefónica	74
		TP-00200-ASR-GTR-17	Regularización vía telefónica	16
		TP-AF-GTR-2499-16	Regularización	1
Pendiente de Regularización	80	No se ha recibido regularización alguna y/o contrato original		80
Pendiente de presentación	4	TP-AR-GGR-1703-15, TP-AR-GGR-2873-15	TP-AR-GGR-1977-15 y	4
<b>Total</b>	<b>176<sup>14</sup></b>	<b>Total</b>		<b>176</b>

Fuente: Elaboración PIA

Ahora bien, según se observa del Informe 1 y 2, mediante comunicaciones TP-AF-GTR-0928-15<sup>15</sup>, TP-AF-GTR-1024-15<sup>16</sup>, TP-AR-GGR-1977-15<sup>17</sup> y TP-AR-GGR-2873-15<sup>18</sup> TELEFÓNICA reconoció que la imposibilidad en la entrega de los mecanismos de contratación requeridos (176 líneas telefónicas) se debió porque no era posible ubicarlos; sin que se advierta de dichas comunicaciones que la empresa operadora cuestione dicha solicitud por la condición de las líneas telefónicas, tal como se muestra a continuación a modo de ejemplo:

Carta N° TP-AF-GTR-0928-15

*"...le informamos que hemos realizado una búsqueda exhaustiva en nuestros archivos y sistemas, lamentablemente no ha sido posible ubicar los mecanismos de contratación solicitados, por lo que a la brevedad procederemos a regularizar los mismos y los pondremos a su alcance cuando hayamos concluido con el proceso."*

De otro lado, cabe indicar que mediante comunicación TP-AF-GTR-2196-16<sup>19</sup> recibida el 7 de setiembre de 2016, la empresa operadora informó el estado - entre otros- de 170 líneas de tecnología HFC materia de imputación del citado artículo 9°; de las cuales, según lo analizado por la GSF en su Informe Final de Instrucción, se observa que 93 líneas telefónicas se encontraban en condición de activas y las 77 líneas restantes fueron dadas de baja a partir del mes de julio de 2015; esto es, con posterioridad las comunicaciones cursadas por TELEFÓNICA con carta TP-AF-GTR-0928-15 y TP-AF-GTR-1024-15, indicando que no ubicada las mecanismos de contratación solicitados.

Sin perjuicio de ello, en el caso de la línea [REDACTED], si bien cuando se requirió el mecanismo de contratación con carta C.817-GPSU/2015 de fecha 17 de junio de 2015, esta línea se encontraba dada de baja (23 de abril de 2015); no obstante, conforme se ha indicado previamente, la obligación de conservar los mecanismos de contratación contenida en la norma aplicable al presente PAS, no condicionaba dicha obligación a la condición del servicio.

En ese orden de ideas, esta instancia considera que lo argumentado por TELEFÓNICA, resulta una pretensión que no lo exonera de responsabilidad, máxime cuando la importancia que las empresas operadoras conserven los mecanismos de contratación de los servicios públicos, constituye un derecho esencial para el abonado, que puede requerir dicho documento en diferentes momentos y por distintas circunstancias.



<sup>14</sup> Corresponden a 170 líneas (detalladas en el Anexo 2), más los casos de las líneas [REDACTED] del Informe 1 y las 4 líneas materia de ampliación del PAS del Informe 2.

<sup>15</sup> Recibida el 14 de abril de 2015, que obra en el expediente N° 241-2015-GG-GFS/IC.

<sup>16</sup> Recibida el 24 de abril de 2015, que obra en el expediente N° 080-2015-GG-GFS.

<sup>17</sup> Que obra a folio 22 del Expediente de Supervisión N° 158-2016-GG-GFS.

<sup>18</sup> Obra en el folio 30 del Expediente de Supervisión N° 158-2016-GG-GFS.

<sup>19</sup> Obra en el folio 117 del Torno 1 del Expediente de Supervisión N° 00080-2015-GG-GFS.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

De otro lado, si bien con la vigencia de la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL se modificó el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, en lo que respecta a la obligación de conservar el contrato, agregando el deber de la empresa operadora de mantener el contrato por un plazo de diez (10) años contados a partir de la fecha en que se terminó el mismo; no obstante, el incumplimiento respecto a la obligación de conservar el contrato prevista en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso – materia del presente PAS - se encontraba tipificada como infracción leve al momento del requerimiento de información (marzo 2015) por parte del OSIPTEL y así se ha mantenido tipificado en el artículo 4° del anexo 2 del TUO de las Condiciones de Uso y así ha permanecido en el tiempo, no existiendo por tanto, vulneración al Principio de Tipicidad ni Irretroactividad de la norma.

Asimismo, al ser TELEFÓNICA un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones, que opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado, se espera que adopte la máxima diligencia para dar estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resultan exigibles, razón por la cual, en el caso que nos atañe, correspondía a la empresa operadora desplegar todos sus esfuerzos para tener sistematizados tanto la ubicación como la entrega de los mecanismos de contratación, no sólo para la correcta atención de solicitudes que pudiera efectuar el OSIPTEL (en el marco de su facultad supervisora) sino también de los usuarios (sobre la base de los derechos que les asiste en su calidad de tal), situación que no se advierte en el presente PAS.

Ahora bien, respecto a lo alegado por TELEFÓNICA referido a los criterios establecidos en el Informe de Supervisión N° 663-GFS/2015<sup>20</sup> de fecha 30 de junio de 2015, corresponde precisar que en el citado informe se evaluó el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 34° y 35° del TUO de las Condiciones de Uso<sup>21</sup>, advirtiéndose que en el caso particular el cargo de entrega de los recibos solicitados era un medio probatorio idóneo y determinante para verificar la entrega efectiva de los recibos a los domicilios de los abonados recomendándose su archivo, caso contrario al presente PAS, toda vez que la propia norma establece expresamente la obligación de conservar el contrato de prestación de servicio; por lo tanto no corresponde aplicar los criterios seguidos en el mencionado Informe alegado por la empresa operadora.

En consecuencia, toda vez que TELEFÓNICA no ha presentado medio probatorio que exima su responsabilidad o desvirtúe lo imputado; teniendo en cuenta los actuados, esta instancia considera que TELEFÓNICA habría incumplido lo dispuesto en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto no conservó los contratos de prestación de servicios respecto de 176<sup>22</sup> líneas telefónicas.

Por lo expuesto, no corresponde amparar lo alegado por la empresa operadora respecto a este extremo.



<sup>20</sup> Informe correspondiente al expediente N° Expediente N° 206-2013-GG-GFS acumulado con el Expediente N° 203-2013-GG-GFS verificación del cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 34° y 35° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatoria, por parte de la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

<sup>21</sup> Correspondiente a la obligación de las empresas operadoras a emitir y entregar los recibos de los servicios efectivamente prestados.

<sup>22</sup> Corresponden a 170 líneas (detalladas en el Anexo 2 de la presente Resolución), más los dos casos correspondientes a las líneas [REDACTED] del Informe 1 y las cuatro (4) líneas materia de ampliación del PAS del Informe 2.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

## 1.2 Respecto de los seis (6) audios que acreditarían los mecanismos de contratación empleados por TELEFÓNICA

TELEFÓNICA señala que los audios de las líneas [REDACTED] contenidos en la Carta TP-AF-GTR-1782-15, contrario a lo indicado por la GSF en la imputación de cargos - si pueden ser reproducibles y por lo tanto si acreditarían la contratación de la prestación de servicios. Asimismo, refiere que el OSIPTEL debió agotar todas las actuaciones posibles que le permitan conocer la verdad material; solicitando se disponga el ARCHIVO en este extremo.

Al respecto, es de considerar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso la carga de la prueba respecto a la contratación del servicio es de la empresa operadora, y por tanto es ella quien se encuentra en obligación de remitir la documentación que acredite la conservación del contrato.

Sobre este punto, NIETO – haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español- señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad<sup>23</sup>.

En el particular, respecto a las 6 líneas en cuestión - tal como se ha señalado previamente -, mediante las comunicaciones TP-AF-GTR-0928-15 y TP-AF-GTR-1024-15, TELEFÓNICA reconoció que no le fue posible ubicar los mecanismos de contratación; asimismo mediante carta C.01795-GFS/2016 notificada el 14 de setiembre de 2016<sup>24</sup>, la GSF advirtió a TELEFÓNICA algunas disconformidades relacionadas a los audios presentados en su carta TP-AF-GTR-1782-15 recibida el 8 de julio de 2015 (entre los cuales se encontraban los 6 audios en mención), toda vez que de la verificación de la clasificación y nomenclatura de las carpetas electrónicas que contenían tales audios, no permitían determinar a qué contratación de las líneas solicitadas se relacionaba.

En tal sentido, de los actuados y conforme lo indicado por la GSF en su Informe 1, se determinó que los seis (6) audios presentados por TELEFÓNICA mediante Carta TP-AF-GTR-1782-15 eran irreproducibles y por ende no se podía acreditar el mecanismo de contratación empleado.

Sin perjuicio de ello, mediante comunicación TP-1986-AR-GGR-17 de fecha 07 de julio del 2017, es decir con posterioridad al inicio del presente PAS y como parte de sus Descargos 2, TELEFÓNICA adjuntó seis (6) audios a fin de acreditar los mecanismos de contratación correspondientes a las líneas [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] imputadas en el presente PAS, y por ende solicitando su archivo.

En esa línea, de la evaluación realizada a los referidos audios, esta instancia advierte que corresponden a seis (6) contratos originales de las líneas [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], por lo tanto, se acredita la conservación de los mecanismos de contratación respecto de las 6 líneas en cuestión.

En atención a lo expuesto, se procede **ARCHIVAR** el presente extremo correspondiente a las líneas [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], toda vez que TELEFÓNICA acreditó la conservación de los mecanismos de contratación de las referidas líneas y continuar con el presente PAS únicamente por las ciento setenta

<sup>23</sup> NIETO GARCIA, Alejandro: Derecho Administrativo Sancionador. 4ta Edición totalmente reformada. Madrid: Tecnos, 2005. Pág.424.

<sup>24</sup> Folio 126 del expediente N° 080-2015-GG-GFS.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

(170)<sup>25</sup> líneas restantes que no cumplieron en conservar los mecanismos de contratación conforme el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

### **1.3 Sobre la presunta infracción al Artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso respecto a las líneas detalladas en la ampliación de cargos.-**

Al respecto, la referida empresa operadora señala que la imputación respecto de las líneas telefónicas [REDACTED] (materia de la ampliación del PAS)<sup>26</sup> no resulta legal en la medida que el tipo infractor supuestamente infringido tiene como presupuesto que exista una contratación válidamente realizada, no obstante, tanto los usuarios como la empresa operadora habrían reconocido expresamente la inexistencia de vínculo contractual.

A decir de la empresa, no existe obligación de su parte de resguardar documento alguno en la medida que no existe acuerdo de voluntades entre el abonado y la empresa operadora, situación frente a la cual adoptó las medidas necesarias para dar de baja a las referidas líneas, sin generar ningún tipo de afectación a los usuarios.

TELEFÓNICA cita el contenido del numeral 74 del Informe 1, e indica que no se le puede imputar el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que no podría remitir un documento que no existe; y por tanto, solicita que en virtud del Principio de Tipicidad y de Presunción de Licitud se declare el archivo definitivo respecto a este extremo de la imputación.

En relación a lo señalado por TELEFÓNICA, es preciso reiterar el tercer párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso vigente al momento de la supuesta comisión de la infracción, el cual establece lo siguiente

#### ***"Artículo 9.- Celebración de contrato de abonado***

*(...) La celebración del contrato de abonado se efectuará utilizando los mecanismos de contratación previstos en el Título XIII. En todos los casos, la empresa operadora estará obligada a conservar el contrato de prestación de servicios y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere, independientemente del mecanismo de contratación utilizado, así como de la modalidad de pago del servicio. (...)"*

*(Subrayado agregado)*

Conforme lo señalado por la GSF en el Informe Final de Instrucción, de las comunicaciones TP-AR-GGR-1703-15<sup>27</sup> (respecto de la línea [REDACTED] y TP-AR-GGR-1977-15<sup>28</sup> (sobre las líneas [REDACTED]), así como, de los recibos y capturas de pantalla evaluados, que fueran adjuntadas a las mismas; se advierte que TELEFÓNICA prestaba el servicio de telefonía a los abonados de dichas líneas y que inclusive cobraba por dichos servicios; resultando evidente la existencia de un vínculo contractual de las líneas materia de ampliación del PAS.

En esa línea, habiéndose verificado de los actuados que hubo prestación de los servicios correspondientes a las líneas [REDACTED] y por ende la existencia de un vínculo contractual entre la empresa operadora y los abonados/usuarios de dichas líneas; correspondía que TELEFÓNICA en cumplimiento del artículo 9° del TUO de las

<sup>25</sup> Corresponden a 164 líneas (detalladas en el Anexo 2 de la presente Resolución), más los dos casos correspondientes a las líneas [REDACTED] del Informe 1 y las cuatro (4) líneas materia de ampliación del PAS del Informe 2.

<sup>26</sup> Si bien TELEFÓNICA menciona en sus descargos tres líneas que fueron materia de ampliación del PAS, de acuerdo a al Informe 2 que sirvió de sustento a la ampliación de cargos efectuada con carta N° C. 035-GSF/2017, se advierte que la misma recayó sobre cuatro (04) líneas telefónica [REDACTED]

<sup>27</sup> Que obra a folio 06 del Expediente N° 158-2016-GG-GFS

<sup>28</sup> Que obra a folio 22 del Expediente N° 158-2016-GG-GFS





Condiciones de Uso, conserve los mecanismos de contratación que sustenten dicha contratación, máxime si resulta de carácter fundamental, en la medida que es el medio que acredita la manifestación de voluntad del usuario de contratar el servicio según los términos allí establecidos; el cual permite definir las características y limitaciones o restricciones del servicio ante alguna controversia o reclamo, así como los términos en que la empresa se comprometió a brindar el servicio.

En efecto, cabe reiterar que mediante las cartas TP-AR-GGR-1703-15 y TP-AR-GGR-1977-15, recibidas el 30 de junio de 2015 y 31 de julio de 2015 respectivamente, TELEFÓNICA señaló de modo expreso, no haber conseguido ubicar los mecanismos de contratación solicitados; sin que haya alegado la falta de vinculación contractual respecto de las líneas telefónicas sobre las cuales se amplió el presente PAS.

Respecto al análisis efectuado por la GSF en el Informe 1 (numeral 74°); es preciso indicar que en dicha oportunidad se determinó que no es posible exigir el cumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, es decir la conservación del mecanismo de contratación de un documento inexistente; en tanto que no existían elementos que acrediten la existencia del contrato vía telefónica, para la prestación del servicio de internet de 8MB respecto de la línea [REDACTED]. Situación distinta a la que se aprecia de las líneas [REDACTED] en las cuales se aprecia que sí existió prestación de servicios.

Por lo expuesto, toda vez que TELEFÓNICA no ha presentado medio probatorio que lo exima su responsabilidad o desvirtué lo imputado; teniendo en cuenta los actuados, corresponde desestimar los argumentos de la empresa operadora en este extremo de sus descargos.

En consecuencia, esta instancia considera que en efecto TELEFÓNICA habría incumplido lo dispuesto en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso en los casos materia de ampliación, por cuanto no conservó los contratos celebrados, sin que haya demostrado que dicho incumplimiento se debió a circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

#### **1.4 Respeto de la obligación establecida en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso**

TELEFÓNICA señala que la supuesta inconducta no se encuentra regulada en el artículo 120° que sustenta el inicio del procedimiento sancionador toda vez que la consumación del referido artículo será cuando (i) existiendo un mecanismo de contratación y (ii) habiéndose formulado un requerimiento por parte del regulador o del abonado interesado, la empresa (iii) no entregue la información solicitada. A decir de la empresa operadora, el tipo infractor regulado en el Artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso no contempla el suministro de los mecanismos de contratación fuera de plazo.

Es así, que la empresa operadora alega que la palabra "cuando", conforme la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), como conjunción tiene el significado de "en caso de que o si". Así, señala que el término "cuando" no puede ser interpretado como "entrega dentro del plazo" y que una interpretación en este sentido vulneraría gravemente el Principio de tipicidad, al extender un concepto a fin de agravar la situación del administrado, sin haber otorgado certeza del contenido de la obligación impuesta, así como los principios de Legalidad, Predictibilidad y Confianza Legítima.

Asimismo, TELEFÓNICA alega que incluso luego de cumplida la exigencia del regulador y presentar los mecanismos de contratación solicitados se formuló la imputación como ha





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

sido planteada en el presente procedimiento, generando un peligroso incentivo perverso en las empresas operadoras quienes no verían analizado o ponderado sus esfuerzos por suministrar la acreditación solicitada, así como la inexistencia de afectación a los abonados relacionados a los mecanismos de contratación.

Con relación a lo indicado por TELEFÓNICA en sus descargos, es preciso indicar que en cumplimiento de sus funciones, el OSIPTEL se encuentra facultado para solicitar información a las empresas operadoras; siendo que en este caso en particular el pedido de información resultaba necesario para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, en el sentido de acreditar la solicitud y/o aceptación de la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones por parte de los abonados, y que no se estuviesen presentando contrataciones fraudulentas a nombres de terceros.

Asimismo, no escapa al conocimiento de TELEFÓNICA que la obligación contenida en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, se encuentra vigente desde el 01 de marzo de 2004, puesto que la misma fue contemplada en la Resolución N° 103-2004-CD/OSIPTEL, Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>29</sup>.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en el artículo 120° en cuestión, la empresa operadora tiene la obligación de suministrar al abonado y al OSIPTEL los mecanismos de contratación cuando le sea requerido, lo cual supone que existe un requerimiento con un plazo específico y que la entrega de la información sea acorde con el tiempo otorgado, es decir oportuna.

Dicha obligación tiene por objeto reducir la asimetría de información existente entre el regulador, la empresa operadora y los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como permitir al regulador cumplir con su rol supervisor del mercado de las telecomunicaciones y verificar el cumplimiento de las normas vigentes por parte de las empresas operadoras con relación a la suscripción de contratos de abonados. Por ello, la oportunidad en que sea entregada dicha información resulta relevante y permite al regulador adoptar las medidas que resulten necesarias y oportunas.

A partir de ello, suministrar los mecanismos de contratación en la oportunidad en la que fueran requeridos, resulta de carácter esencial en la medida que estos constituyen el medio más idóneo para acreditar la manifestación de voluntad del usuario o abonado al contratar determinado servicio público de telecomunicaciones, según los términos allí pactados; por lo que, de presentarse alguna controversia o reclamo, es a través de éste que se permitirá definir las características, limitaciones, restricciones y/o términos del servicio.

En esa línea se ha pronunciado el Consejo Directivo del OSIPTEL en reiterados pronunciamientos<sup>30</sup>, así podemos citar la Resolución N° 085-2016-CD/OSIPTEL<sup>31</sup>:

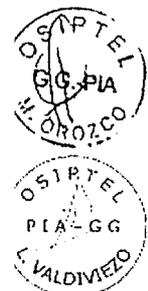
<sup>29</sup> Artículo 98.- Carga de la prueba

La carga de la prueba respecto de la solicitud y/o aceptación a que se refiere el artículo 95 y de lo dispuesto en el artículo 96, corresponde a la empresa operadora.

La empresa operadora tiene la obligación de suministrar al abonado y a OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 95.

<sup>30</sup> Resolución N° 112-2016-CD/OSIPTEL emitida en el expediente N° 064-2015-GG-GFS/PAS seguido contra Telefónica del Perú S.A.A, Resolución N° 085-2016-CD/OSIPTEL emitida en el expediente N° 065-2015-GG-GFS/PAS seguido contra Entel del Perú S.A, así como la Resolución N° 080-2016-CD/OSIPTEL emitida en el expediente N° 062-2015-GG-GFS/PAS seguido contra Telefónica Multimedia S.A.C.

<sup>31</sup> El Recurso de Apelación presentado por ENTEL PERU S.A. contra la Resolución N° 00254-2016-GG/PAS, seguido en el expediente N° 00065-2015-GG-GFS/PAS.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

"Como se aprecia en la página 9 de la resolución apelada, para la Primera Instancia constituye incumplimiento del artículo 120° del TUO de las condiciones de uso, cuando la empresa operadora incurre en cualquiera de las siguientes conductas:

- i) No suministrar información que acredite la solicitud y/o aceptación de la contratación del servicio (mecanismos de contratación no remitidos).
- ii) No suministrar información que acredite la solicitud y/o aceptación de algunos términos contractuales o de prestaciones específicas (mecanismos de contratación incompletos).
- iii) Incumplir con remitir los mecanismos de contratación dentro del plazo requerido.

Sobre el particular, se considera que la obligación a la que hace referencia el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso está referida a la entrega de información que acredite la solicitud y/o aceptación de la contratación, es decir, la manifestación de voluntad de contratar, en el plazo requerido.

Por tanto, en el presente caso, se habría configurado la infracción al artículo 120° del TUO de las Condiciones en Uso, bajo dos supuestos:

- i) No remitir mecanismos de contratación, y
- ii) No remitir mecanismos de contratación dentro del plazo requerido. (...)"

De otro lado, siendo que el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso contiene una obligación cuyo cumplimiento es objetivo, correspondía a TELEFÓNICA, realizar interna y externamente las gestiones necesarias para remitir, en la oportunidad requerida, los mecanismos de contratación solicitados por el OSIPTEL.

De acuerdo a lo expuesto, se podrá imputar incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, cuando la empresa operadora no remita la información solicitada por el OSIPTEL de manera oportuna, siendo en el presente PAS la obligación de suministrar el mecanismo de contratación; situación que además no constituye de manera alguna una interpretación extensiva de la norma o una vulneración al Principio de Tipicidad, ni a los demás principios invocados por TELEFÓNICA, sino al contrario se enmarca dentro del marco normativo vigente.

En el particular, conforme el análisis realizado por la GSF en el Informe 1, mediante Carta N° C.567-GFS/2015 (27 de marzo de 2015) se solicitó a TELEFÓNICA los mecanismos de contratación respecto a 342 líneas telefónicas, requerimiento que fue reiterado mediante carta C.707-GSF/2015, notificada con fecha 21 de abril de 2015 y es a través de ésta, que se requiere a la empresa operadora su cumplimiento de manera obligatoria hasta el día 24 de abril de 2015.

No obstante, conforme se advierte del expediente de supervisión, la empresa operadora mediante cartas TP-AF-GTR-1782-15, TP-AF-GTR-2445-15 y TP-AF-GTR-2197-16 (con fechas 8 de julio de 2015, 15 de setiembre de 2015 y 07 de setiembre de 2016 respectivamente), remitió los mecanismos de contratación relacionados a 172<sup>32</sup> abonados con posterioridad al plazo en el que le fuera requerido, incumpliendo con lo dispuesto por el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso.

En virtud de lo argumentado por TELEFÓNICA, es necesario indicar que aun cuando la empresa operadora remita los mecanismos de contratación solicitados de manera posterior, eso no conlleva a la exoneración de responsabilidad por el incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, puesto que al existir un plazo determinado para la remisión de la información, la empresa operadora debió alcanzarla



<sup>32</sup> Detallados en el Anexo 1 del presente pronunciamiento, adjunto en el disco magnético.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

dentro del mismo, o en su defecto acreditar que su incumplimiento fueron producto de un hecho extraordinario, imprevisible e irresistibles<sup>33</sup>, no imputables a ella. No obstante, en el presente PAS se advierte que TELEFÓNICA no ha presentado medio probatorio alguno en ese sentido.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de la empresa operadora en este extremo.

### 1.5 Respecto a la supuesta subsanación voluntaria alegada por TELEFÓNICA

TELEFÓNICA alega que existe subsanación de la conducta en la medida que los audios remitidos como parte de las regularizaciones contienen la manifestación de voluntad del usuario exigida por el TUO de las Condiciones de Uso así como los requisitos para la validez de las contrataciones efectuadas.

Así pues, para TELEFÓNICA no queda duda que a través de las 91 regularizaciones quedaría acreditada la manifestación de voluntad de los usuarios respecto de su aceptación de los servicios válidamente contratados y que, contrariamente a lo señalado por la GSF, las regularizaciones cumplen el mismo fin y contienen la información exigida para su validez; encontrando una transgresión al Principio de Imparcialidad.

Respecto a la infracción del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, TELEFÓNICA señala que en el caso de persistir la imputación ésta debe archivarse por la aplicación del eximente de responsabilidad - subsanación voluntaria - establecida en el artículo 255° del TUO de la LPAG, toda vez que la remisión de los contratos, se dio voluntariamente, antes del inicio del presente PAS y no ha generado efectos negativos que revertir.

Al respecto, es pertinente indicar que el numeral f) del artículo 255° del TUO de la LPAG establece como causal de eximente de responsabilidad, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de cargos.

En relación al término *subsanación*, caber referirse al pronunciamiento que sobre el particular ha efectuado el Consejo Directivo en la Resolución N° 005-2017-CD/OSIPTEL<sup>34</sup>:

*"La Real Academia de la Lengua Española, señala que "subsanar" significa reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño<sup>35</sup>. La misma connotación se encuentra en los diccionarios jurídicos, respecto al término "Subsanable", es aquello susceptible de convalidación, enmienda o arreglo. En este sentido, subsanación no debe ser entendida únicamente como una adecuación de la conducta a lo establecido en la norma, sino a la corrección de los efectos derivados de la conducta infractora.*

<sup>33</sup> NIETO GARCIA, Alejandro: Derecho Administrativo Sancionador. 4ta Edición totalmente reformada. Madrid: Tecnos, 2005. Pág. 424.

<sup>34</sup> Resolución que resuelve el Recurso de Apelación presentado por Telefónica del Perú S.A.A contra la Resolución de Gerencia General N° 532-2016-GG/OSIPTEL.

<sup>35</sup> Subsanar

1. Ir. Disculpar o excusar un desacierto o delito.
2. Ir. Reparar o remediar un defecto.
3. Ir. Resarcir un daño





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

Cabe anotar que la subsanación voluntaria estaba considerada anteriormente como una causal atenuante de responsabilidad, respecto de la cual Juan Carlos Morón Urbina<sup>36</sup> señalaba lo siguiente:

*"La subsanación voluntaria y oportuna del infractor.- Subsanan implica tener que reparar o remediar un defecto o resarcir un daño ocasionado, en este caso a la Administración o a un tercero. (...) No solo se trata de un pasivo arrepentimiento por el ilícito (...) sino procurar de manera espontánea la reparación del mal o daño causado. Para ser valiosa la subsanación debe ser realizada sin instigación de la autoridad y oportuna, esto es, en cualquier momento antes de la notificación de la imputación de cargos.*

*(...) en el variado campo de los ilícitos administrativos se podrá aplicar a ilícitos que son accesiones positivas y no solo omisiones, en cuyo caso la subsanación deberá contemplar no solo la regresión o la cesación de la acción indebida sino también el resarcimiento del daño ocasionado y la disminución o desaparición de las consecuencias de la infracción."*

En tal sentido, la subsanación voluntaria debe implicar la reversión de los efectos derivados de la infracción y no solamente el cese de la conducta; concurriendo los siguientes presupuestos:

- i. Subsanación Voluntaria; es decir, sin que medie requerimiento de la autoridad.
- ii. Cese de la conducta infractora antes de la notificación del inicio del PAS.
- iii. Acreditar la reversión de todo efecto derivado de la infracción.

Respecto de los incumplimientos derivados del artículo 9° del TUO de las Condición de Uso:

Al respecto, de los actuados en el presente PAS, esta instancia considera que no hay cese de la conducta infractora, toda vez que, la subsanación alegada por TELEFÓNICA refiere a regularizaciones y no a la remisión de los contratos originales de prestación de servicios; en consecuencia, las regularizaciones remitidas por la empresa operadora no han cumplido con acreditar la conservación de los mecanismos de contratación requeridos.

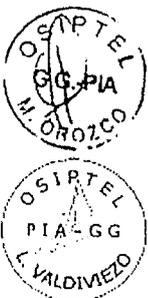
Es importante remarcar que la conservación del contrato de servicios, resulta de carácter fundamental en la medida que es el medio que permite verificar la información que la empresa operadora brindó al momento de la contratación inicial sobre la prestación del servicio de telefonía (en el particular, si se informó a los usuarios que el servicio de telefonía se trababa de un servicio de voz correspondiente a un piloto tecnológico, por lo que no sería ingresado en su facturación), así como verificar la concurrencia entre los servicios contratados y los facturados.

Asimismo, como se advierte del Informe 1<sup>37</sup>, existieron abonados del servicio de telefonía, y empaquetados HFC que desconocían que el servicio correspondía a un piloto tecnológico, y en su contrato no se observaba tal situación sino la contratación de un TRIO, lo cual generó malestar porque no comprendían por qué no figuraban en su recibo el servicio contratado, situación que no les facilitaba reclamar algún ajuste por las averías presentadas en tal servicio.

Por consiguiente, toda vez que la empresa operadora no cesó la conducta infractora antes del inicio del PAS, ni revirtió los efectos, no se cumple con los requisitos referidos,

<sup>36</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica. Octava Edición Revisada Actualizada – 2009. Págs. 744 y 745.

<sup>37</sup> Conforme se detalla en inciso a) del punto 3.1. del Informe 1, sobre el caso de las líneas telefónicas [REDACTED]





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

por lo que carece de objeto pronunciarnos por los demás requisitos, en tal sentido no concurren los presupuestos a efectos de proceder con la aplicación de causal de eximente de responsabilidad respecto al artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

#### Respecto de los incumplimientos del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso:

Ahora bien, cabe señalar que las acciones de supervisión desarrolladas en el Expediente de Supervisión, tenían como finalidad la verificación del cumplimiento entre otros, del referido artículo, vinculado al derecho que tienen los usuarios para cuestionar la titularidad de las líneas que le son atribuidas y el procedimiento establecido para ello.

Por lo expuesto, al tratarse de una obligación que corresponde conservar el mecanismo de contratación y proporcionarlo al abonado, así como remitirlo al OSIPTEL cuando se lo requiera; concierne a la empresa operadora adoptar las medidas necesarias para poner a disposición del OSIPTEL los referidos mecanismos de contratación de manera oportuna (esto es, en el plazo que le fuera requerido).

En el particular, conforme el análisis realizado por la GSF en el Informe 1, mediante Carta N° C.567-GFS/2015 (27 de marzo de 2015) se solicitó a TELEFÓNICA los mecanismos de contratación respecto a 342 líneas telefónicas, requerimiento que fue reiterado mediante carta C.707-GSF/2015, notificada con fecha 21 de abril de 2015 y es a través de ésta última, que la GSF le indica a la empresa operadora que "se encuentra obligada a suministrar los mecanismos de contratación al OSIPTEL cuando se le requiera" y exigió su cumplimiento de manera obligatorio hasta el día 24 de abril de 2015.

Asimismo, mediante carta C.01150-GFS/2016 de fecha 3 de junio de 2016, la GSF reiteró a TELEFÓNICA remitir los mecanismos de contratación que se encontraban pendientes, teniendo en cuenta que el pedido inicial corresponde a una totalidad de 342 líneas telefónicas, estableciendo su carácter obligatorio y el plazo de cinco (5) días hábiles para su remisión.

Conforme se advierte del expediente de supervisión, TELEFÓNICA remite su última comunicación - respecto de la totalidad de las 172<sup>38</sup> líneas imputadas en el presente PAS - a través de su carta TP-AF-GTR-2197-16<sup>39</sup> de fecha 07 de setiembre de 2016; no obstante, se advierte que la subsanación realizada por la empresa operadora no fue voluntaria, toda vez que, se dio como consecuencia del requerimiento efectuado por la GSF (carta C.01150-GFS/2016).

Por consiguiente, toda vez que la totalidad de la información requerida (172 líneas) fue entregada como consecuencia de un segundo requerimiento efectuado por la GSF, en el caso particular no se cumple con uno de los requisitos referidos, por lo que carece de objeto pronunciarnos por el resto; en tal sentido no concurren los presupuestos a efectos de proceder con la aplicación de causal eximente de responsabilidad respecto al artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso.

Sin perjuicio a ello, cabe señalar que la presentación extemporánea de los mecanismos de contratación, así como los esfuerzos desplegados por la empresa operadora, serán considerados como criterios a ser evaluados al momento de determinar la graduación de la sanción a imponer.

<sup>38</sup> Detallados en el Anexo 1 del presente pronunciamiento, adjunto en el disco magnético.

<sup>39</sup> Folio 94 del expediente de supervisión N° 000080-2015-GG-GFS (Tomo I).





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

En atención a lo expuesto, no corresponde aplicar la las condiciones de eximente de responsabilidad establecidas en el artículo 255° del TUO de la LPAG en el presente PAS.

#### **1.6. Respeto a la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad alegado por TELEFÓNICA**

Para TELEFÓNICA la pretensión de la GSF en este PAS debería apuntar al aseguramiento de la adopción de las medidas necesarias a efectos de incentivar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por parte de las empresas operadoras.

La empresa operadora solicita se aplique el Principio de Proporcionalidad, así como, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, al momento de motivar el inicio del PAS, manifestando que se debería tener en cuenta lo siguiente:

- TELEFÓNICA habría reconocido que no cuenta con la documentación que acredita la contratación de servicios de las líneas telefónicas supervisadas.
- Asimismo, la empresa habría desplegado sus mejores esfuerzos para adecuar su conducta a las exigencias regulatorias.
- La empresa habría iniciado el procedimiento de regularización subsanando con ello las inconductas detectadas.
- TELEFÓNICA viene adoptando mejoras en sus sistemas de registro a fin de asegurar la conservación de los mecanismos de contratación de sus clientes.
- No existe ningún tipo de beneficio por la supuesta comisión de la infracción.
- Tampoco existió intencionalidad por parte de la empresa operadora respecto a las obligaciones imputadas.

Al respecto, cabe señalar que la ausencia de beneficio ilícito y la falta de intencionalidad alegada por TELEFÓNICA, así como las circunstancias en las que se cometió la infracción y comportamiento posterior, son criterios a ser evaluados al momento de determinar la graduación de la sanción a imponer y no constituyen elementos a evaluar para la configuración de la infracción.

Ahora bien, el Principio de Razonabilidad se encuentra reconocido a nivel legal a través del numeral 1.4 del artículo IV<sup>40</sup> del Título Preliminar del TUO de la LPAG, por el cual las decisiones de las autoridades cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En este sentido, en lo referente a la decisión de iniciar un procedimiento sancionador y la aplicación del Principio de Razonabilidad, es necesario que la decisión que se adopte también cumpla con los parámetros del test de razonabilidad, lo que conlleva la observancia de sus tres (3) dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.



<sup>40</sup> Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(..)

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



**a.- Juicio de idoneidad o adecuación:**

Es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado. En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que de imponerse la sanción, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones.

En el presente caso consideramos que se evidencia lesión al bien jurídico protegido, constituido por la conservación del mecanismo que acredite la contratación del servicio y la facultad supervisora del OSIPTEL para que a través de la información solicitada se verifiquen las contrataciones de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En el particular se evidencia un perjuicio a los abonados al no contar con la documentación que les permita demostrar una posible contratación fraudulenta; perjuicio que se incrementaría en caso las líneas fueran usadas para fines ilícitos. Asimismo, la falta de conservación de los contratos no ha permitido al OSIPTEL verificar cual fue la información que la empresa operadora brindó al momento de la contratación.

En relación a lo anterior, el inicio del presente PAS resulta ser la medida eficaz para desincentivar las infracciones que incurrió TELEFÓNICA referidas a la no conservación de los mecanismos de contratación de 170 líneas telefónicas (artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso) y la no entrega al OSIPTEL cuando le fuera requerido, los mecanismos de contratación de 172 líneas telefónicas (artículo 120° de la referida norma), generándose las infracciones tipificadas en el artículo 2° del anexo 5 del mismo cuerpo normativo.

Adicionalmente, se busca tener un efecto disuasivo de modo tal que TELEFÓNICA implemente mecanismos eficientes para atender los requerimientos formulados por el regulador, en forma oportuna. En este sentido, se considera que se cumple el juicio de idoneidad o adecuación

**b.- 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 con los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

Así, el suministro de los mecanismos de contratación y el resguardo de los mismos (audios y documentos físicos) resulta -conforme se ha indicado- de carácter fundamental en la medida que dichos mecanismos constituyen el medio más idóneo para acreditar la manifestación de voluntad del usuario o abonado de contratar determinado servicio público de telecomunicaciones, según los términos allí pactados, de modo tal que de suscitarse alguna controversia o reclamo, a través del mismo se permitirá definir las características, limitaciones, restricciones y/o términos de dicho servicio.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

A partir de ello, se puede advertir que es de suma importancia que la empresa operadora conserve los mecanismos de contratación de los servicios públicos, así como destinar recursos adecuados - dada la cantidad de abonados con la que cuenta- para su conservación y entrega oportuna, de ser el caso.

En virtud de lo señalado, el inicio de un PAS era el único medio viable para, persuadir a TELEFÓNICA a que en lo sucesivo evite incurrir en nuevos incumplimientos del artículo 9° y 120° del TUO de las Condiciones de Uso; por tanto se cumple la dimensión del test de razonabilidad en lo que atañe al juicio de necesidad.

### **c.- Juicio de proporcionalidad.**

Se busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, por lo cual este parámetro está vinculado con el juicio de necesidad. Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que se busca compensar el bien jurídico tutelado, constituido en este caso por la conservación del mecanismo que acredite la contratación del servicio y la facultad supervisora del OSIPTEL para que a través de la información solicitada se verifiquen las contrataciones de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En esa línea, sobre las líneas materia de imputación, la falta de conservación de los contratos no ha permitido al OSIPTEL verificar de manera oportuna cuál fue la información que la empresa operadora brindó al momento de la contratación sobre la prestación del servicio de telefonía con tecnología HFC, lo cual era de relevancia considerando que se presentaron comunicaciones de usuarios que manifestaban no haber sido informados sobre que el servicio de telefonía se trataba de un servicio de voz que correspondía a un piloto tecnológico, que no sería ingresado en su facturación y que por lo tanto no sería posible reclamar por las averías presentadas en tal servicio de telefonía.

Al respecto, es de considerar que la última remisión de contratos por parte de TELEFÓNICA fue a través de la comunicación TP-AF-GTR-2197-16 de fecha 7 de setiembre de 2016<sup>41</sup>, esto es, con 17 meses de retraso al plazo requerido por parte del OSIPTEL (abril 2015).

En ese sentido, el inicio del presente PAS busca generar un incentivo para que en lo sucesivo TELEFÓNICA sea más cauteloso en lo que concierne al cumplimiento de la normatividad que involucra su actividad. Por tanto, es mayor el beneficio que se espera produzca la medida adoptada sobre el interés general, respecto al eventual desmedro sufrido por la empresa operadora.

En ese orden de ideas, el inicio de este PAS se ha realizado observando el Principio de Razonabilidad, toda vez que se ha analizado que la medida a adoptarse sea necesaria, idónea y proporcionada, por lo que corresponde desestimar los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en este extremo.

### **1.7.- Sobre el atenuante de Responsabilidad alegado por TELEFÓNICA**

TELEFÓNICA alega que en el extremo que OSIPTEL considere que es responsable administrativamente, se debe tener presente que la empresa ha reconocido

<sup>41</sup> Folio 120 del Expediente N° 080-2015-GG-GFS





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

expresamente su responsabilidad respecto a la conservación de los contratos materia del presente PAS, razón por la cual emprendió un plan de regularización de las líneas que fueron materia de análisis por el regulador y por lo tanto, correspondería la aplicación del atenuante de responsabilidad contenido en el numeral 2 del artículo 255° del TUO de la LPAG.

La empresa operadora señala que corresponde valorar a la luz del Principio de Razonabilidad los eximentes y atenuantes de responsabilidad regulados en nuestra legislación administrativa, así como, la conducta de TELEFÓNICA que, a pesar de haber un reconocimiento, demostró su plena voluntad por adecuarse y subsanar las inconductas en las que pudo haber incurrido.

Al respecto, en el numeral 2) del artículo 255° del TUO de la LPAG, se precisan las condiciones atenuantes de responsabilidad:

**“Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones (...)**  
**2.- Constituyen atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:**  
**a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.**  
**(..)”**

Conforme es posible apreciar para la aplicación del atenuante se requiere que el reconocimiento se efectúe:

- (i) Iniciado el procedimiento administrativo sancionador.
- (ii) Que tal reconocimiento sea expreso y por escrito.

Asimismo, es de considerar que según define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término “expreso” –aplicable para el presente análisis- significa *claro, patente, especificado*<sup>42</sup>.

En el presente caso, TELEFÓNICA señaló lo siguiente:

“(…) la autoridad debe tener presente que *la empresa operadora ha reconocido expresamente su responsabilidad respecto a la conservación de los contratos objetos de supervisión, razón por la cual emprendió un plan de regularización de las líneas que fueron materia de análisis por el regulador.* (..)”

Acto seguido, formula descargos adicionales, como la aplicación de los Principios de Tipicidad, Legalidad, Verdad Material e Impulso de Oficio; asimismo se observa en sus descargos que TELEFÓNICA rechaza que los hechos materia de imputación constituyan infracción administrativa, la inexistencia del incumplimiento y del daño solicitando el archivo del PAS, argumentos que se han venido revisando y desarrollando en el presente pronunciamiento.

Considerando lo anterior, a criterio de esta Instancia resolutoria, no corresponde el atenuante de reconocimiento de responsabilidad por parte de la empresa operadora, considerando que no se aprecia un reconocimiento expreso, claro preciso de su parte; más aún cuando TELEFÓNICA presenta descargos adicionales y en virtud a ellos,

<sup>42</sup> Fuente: <http://dle.rae.es/?id=HL8veMX>  
expreso, sa  
Del lat. *expressus*, part. de *exprimĕre*.  
1. adj. Claro, patente, especificado.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

solicita el archivo del PAS<sup>43</sup>. Siendo así no se advierte en el presente caso una voluntad de dicha empresa operadora de reconocer expresamente su responsabilidad en cuanto a su incumplimiento, en orden a lo indicado en el literal a, numeral 2 del artículo 255° del TUO de la LPAG.

Ahora bien, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18° del RFIS<sup>44</sup>, son factores atenuantes en atención a su oportunidad, el reconocimiento de la responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora. Dichos factores -según el mencionado artículo- se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en el TUO de la LPAG.

Sobre el atenuante referido al cese de los actos u omisiones que constituyen la infracción administrativa:

En relación a lo dispuesto en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, no se observa cese de la conducta infractora, en la medida que hasta la fecha no ha cumplido con acreditar la conservación de 170 mecanismos de contratación requeridos.

Ahora bien, sobre lo establecido en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, se observa que TELEFÓNICA remitió de manera posterior al plazo en el que le fuera requerido los 172 mecanismos de contratación originales. En ese sentido, toda vez que la empresa operadora cesó los actos que constituyen la infracción imputada, antes de la notificación del inicio del PAS - abril de 2017-, esta instancia considera razonable reducir la sanción de multa en un treinta por ciento (30%).

Sobre el atenuante referido a la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyen la infracción administrativa:

Conforme se ha desarrollado previamente, de lo actuado en el expediente, no se observa que TELEFÓNICA haya podido revertir los efectos derivados de su actuación, respecto al artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

Ahora bien, respecto del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, conforme se advierte de los actuados, la empresa operadora mediante las comunicaciones TP-AF-GTR-1782-15, TP-AF-GTR-2445-15 y TP-AF-GTR-2197-16 (con fechas 8 de julio de 2015, 15 de setiembre de 2015 y 07 de setiembre de 2016 respectivamente), remitió los mecanismos de contratación relacionados a los 172

<sup>43</sup> Cabe señalar que en esa línea el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo del OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD señala lo siguiente:

**Artículo 25.- Graduación de multas**

25.1 En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:  
(...)

g.1) El reconocimiento del Agente Supervisado, de forma expresa y por escrito, de su responsabilidad, efectuado hasta antes de la emisión de la resolución de sanción generará que la multa se reduzca hasta un monto no menor de la mitad de su importe, teniendo en cuenta lo siguiente: (...)

El reconocimiento de responsabilidad por parte del Agente Supervisado debe efectuarse de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradicciones al reconocimiento mismo; caso contrario, no se entenderá como un reconocimiento.

El reconocimiento de responsabilidad respecto a una infracción, por la que además se presenten descargos, se entenderá como un no reconocimiento, procediendo la autoridad a evaluar los descargos.

<sup>44</sup> Modificatoria aprobada mediante Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL, publicado el 20 de abril de 2017.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

abonados con posterioridad al plazo en el que le fue requerido (24 de abril de 2015), - esto es, entre 3 a 17 meses de retraso, mientras aún la GSF se encontraba desarrollando su informe de verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, que dio origen al presente PAS.

En tal sentido, esta instancia considera que, en tanto la entrega extemporánea se dio cuando todavía se efectuaba la verificación y validación de la información, no existe evidencia de efectos derivados del referido incumplimiento de entrega. En atención a ello; y a las particulares del caso materia de análisis, se considera razonable reducir la sanción de multa respecto al artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, en un quince (15%) adicional.

Sobre el atenuante referido a la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora:

Debe precisarse que, si bien la empresa operadora alega en sus descargos que viene adoptando mejoras en sus sistemas de registro a fin de asegurar la conservación de los mecanismos de contratación, sin embargo no se advierte que TELEFÓNICA haya adoptado medidas orientadas a evitar la comisión de las infracciones materia del presente PAS.

En atención a lo expuesto, respecto del artículo 9° del TUO de Condiciones de Uso no corresponde aplicar los factores de atenuante establecidos en el numeral i) del artículo 18° del RFIS; y respecto del artículo 120° de la referida norma, se advierte el cese de la conducta infractora, así como la reversión de sus efectos, en ese sentido, corresponde aplicar un descuento de cuarenta y cinco (45)% sobre el valor de la multa que corresponda imponer.

## **2. Determinación de la Sanción.-**

### **2.1. Respetto 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 Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido<sup>45</sup>.

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:

<sup>45</sup> Título Preliminar del TUO de la LPAG. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo. (...)

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





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

#### 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 las infracciones, se encuentra representado por los costos evitados por la empresa operadora respecto a los procesos de cadena de custodia de los mecanismos de contratación (audios y documentos físicos). Por lo tanto, se advierte que para un correcto funcionamiento de tales procesos, TELEFÓNICA debió destinar recursos importantes, dada la cantidad de abonados con los que cuenta.

#### ii. Probabilidad de detección de la infracción:

Se entenderá por probabilidad de detección a la probabilidad de que el infractor sea descubierto, asumiéndose de 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 el presente caso, la comisión de la infracción fue detectada por la GSF a través de acciones de supervisión realizadas con la finalidad de verificar el cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de las obligaciones materia del presente PAS, considerando sólo un periodo de evaluación de 4 meses (octubre de 2014 a enero de 2015), que comprendía un universo de 3,093 líneas, respecto del cual se analizó solo 342 líneas telefónicas.

Adicionalmente, en las líneas materia de ampliación del PAS, es preciso tomar en cuenta que dicha situación fue advertida como consecuencia de los reportes de los usuarios, respecto a una supuesta contratación fraudulenta del servicio de telefónico.

Considerando lo antes expuesto, se ha determinado una probabilidad de detección baja en ambas infracciones (artículo 9° y 12° del TUO de Condiciones de Uso), puesto que no es factible para el OSIPTEL verificar ni cerca del 100% de las contrataciones efectuadas por TELEFÓNICA respecto al servicio de telefonía fija, máxime si nos encontramos ante una empresa operadora que tiene una participación alta en el mercado del servicio fijo de telecomunicaciones.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

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

Este criterio de graduación también hace referencia al criterio naturaleza y gravedad de la infracción referida en la LDFF.

Sobre el particular, TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto en el artículo 9° y 120° del TUO de las Condiciones de Uso, por no haber remitido ciento setenta (170) mecanismos de contratación al OSIPTEL y por no haber remitido ciento setenta y dos (172) mecanismos de contratación en la oportunidad señalada por el OSIPTEL con carta N° C.707-GSF/2015.

La conducta antes descrita constituye una infracción leve, de conformidad con lo establecido por el artículo 2° del anexo 5 del Régimen de Infracciones y Sanciones del TUO de las Condiciones de Uso; en consecuencia, de conformidad con lo establecido en la LDFF, corresponde la aplicación de una multa de entre media (0.5) y cincuenta (50) UIT.

**iv. Magnitud del daño causado, perjuicio económico causado**

En el presente caso no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico; sin embargo, tal y como se ha indicado, el no suministrar al OSIPTEL, cuando le sea requerido, los mecanismos de contratación de las líneas telefónicas retrasan la función supervisora del OSIPTEL.

Asimismo, es importante señalar que a través de la falta de conservación y la entrega extemporánea de los mecanismos de contratación, los usuarios pueden ver vulnerado su derecho de defensa o la ejecución oportuna del mismo, en procesos judiciales o investigaciones relacionados a denuncias incoadas en su contra, en los cuales se vieran inmersos por la comisión de delitos a través de la utilización de líneas telefónicas cuyas contrataciones desconocen.

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

Al respecto, sobre el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, respecto de las ciento setenta (170) líneas es de indicar que la falta de conservación de los contratos no ha permitido al OSIPTEL verificar cuál fue la información que la empresa operadora brindó al momento de la contratación sobre la prestación del servicio de telefonía con dicha tecnología, lo cual era de importancia toda vez que se presentaron comunicaciones de usuarios que manifestaban que no habían sido informados sobre que el servicio de telefonía se trataba de un servicio de voz correspondiente a un piloto tecnológico<sup>46</sup>, que no sería ingresado a su facturación y por lo tanto no podrían reclamar algún ajuste por las averías presentadas en tal servicio de telefonía.

Asimismo, en las cuatro (4) líneas materia de ampliación del PAS, se evidencia un perjuicio a los abonados al no contar con documentación que les permita demostrar una posible contratación fraudulenta, perjuicio que se podría incrementar en caso alguna de las líneas telefónicas fueran usadas para fines ilícitos.

<sup>46</sup> Conforme se detalla en inciso a) del punto 3.1. del Informe 1, sobre el caso de las líneas telefónicas





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

Ahora bien, es preciso señalar que el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso establece de manera expresa y taxativa la obligación de las empresas operadoras de remitir la información que acredite la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones que presta, cuando le sea requerido por el OSIPTEL.

En el particular, conforme el análisis realizado por la GSF en el Informe 1, mediante Carta N° C.567-GFS/2015 (27 de marzo de 2015) se solicitó a TELEFÓNICA los mecanismos de contratación respecto a 342 líneas telefónicas, requerimiento que fue reiterado mediante carta C.707-GSF/2015, notificada con fecha 21 de abril de 2015, otorgándole un plazo perentorio hasta el 24 de abril de 2015.

No obstante, conforme se advierte del expediente de supervisión, la empresa operadora mediante cartas TP-AF-GTR-1782-15, TP-AF-GTR-2445-15 y TP-AF-GTR-2197-16 (con fechas 8 de julio de 2015, 15 de setiembre de 2015 y 07 de setiembre de 2016 respectivamente), remitió los mecanismos de contratación relacionados a 172 abonados con posterioridad a la fecha que le fuera requerida por el OSIPTEL - esto es entre 3 a 17 meses de retraso -, por lo que el envío no oportuno configuró el incumplimiento con lo dispuesto por el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso.

En relación a ello, cabe indicar que TELEFÓNICA remite su última comunicación - respecto de la totalidad de las 172<sup>47</sup> líneas imputadas en el presente PAS - a través de su carta TP-AF-GTR-2197-16<sup>48</sup> de fecha 07 de setiembre de 2016; no obstante, se advierte que la subsanación realizada por la empresa operadora no fue voluntaria, toda vez que se dio como consecuencia del segundo requerimiento efectuado por la GSF (carta C.01150-GFS/2016).

Por otro lado, a lo largo del presente PAS, TELEFÓNICA no ha remitido medio probatorio alguno que indique que ha tomado medidas a fin de no volver a cometer el incumplimiento detectado, lo cual demuestra la falta de diligencia de la empresa operadora para adecuar su comportamiento a la normativa vigente.

#### vi. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

#### vii. La Reincidencia, por la comisión de la infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera 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.

#### viii. Capacidad económica del sancionado

La LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión.



<sup>47</sup> Detallados en el Anexo 1 del presente pronunciamiento, adjunto en el disco magnético.

<sup>48</sup> Folio 94 del expediente de supervisión N° 000080-2015-GG-GFS (Tomo I).



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

En el presente caso, los incumplimientos de lo dispuesto en el artículo 9° y 120° del TUO de las Condiciones de Uso corresponden al año 2014, en tal sentido, la multa a imponerse a TELEFÓNICA no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2013.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF y a los numerales 2 y 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, corresponde sancionar a la empresa TELEFÓNICA por las infracciones tipificadas como leve por el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, con una multa de 50 UIT por incumplir con lo dispuesto en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, al no remitir ciento setenta (170) mecanismos de contratación al OSIPTEL, y con una multa de 9 UIT por incumplir con lo dispuesto en el artículo 120° de la misma norma, puesto que remitió ciento setenta y dos (172) mecanismos de contratación fuera del plazo que le fuera requerido por el OSIPTEL; esta última, en consideración de los factores de atenuantes en el RFIS, previamente analizados, será reducida en un cuarenta y cinco (45)%, de este modo su sanción de multa será de CUATRO (04) UIT.

Cabe indicar que el detalle de los teléfonos cuyos mecanismos de contratación no fueron entregados o no fueron entregados oportunamente por telefónica, consta en el CD adjunto, el cual forma parte integrante de la presente Resolución.

De conformidad con la función fiscalizadora y sancionadora reconocida en el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado con Decreto Supremo N° 008-2001-PCM;

#### SE RESUELVE:

**Artículo 1°.- DAR POR CONCLUIDO** el presente procedimiento administrativo sancionador seguido a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A en el extremo correspondiente a la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, por el incumplimiento del artículo 9° de dicha norma, respecto a las líneas telefónicas [REDACTED] de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**Artículo 2°.- MULTAR** a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con CUATRO (04) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 120° de la misma norma, respecto de ciento setenta y dos (172) mecanismos de contratación, según el detalle que consta en el Anexo 1 contenido en el disco compacto - CD adjunto; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 3°.- MULTAR** a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A con CINCUENTA (50) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 9° de la misma norma, respecto de ciento setenta (170) mecanismos de contratación al OSIPTEL; según el detalle que consta en el Anexo 2 contenido en el disco compacto - CD adjunto; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

**Artículo 4°.-** La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días computados a partir del día siguiente de notificada la sanción, obtendrá el beneficio de pago reducido del veinte (20%) de su monto total, siempre que no sea impugnada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18° del actual Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y su modificatorias<sup>49</sup>.

**Artículo 5°.-** Notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., así como el disco compacto (CD) adjunto; y la Resolución N° 085-2016-CD/OSIPTTEL y Resolución N° 005-2017-CD/OSIPTTEL<sup>50</sup>.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por: CIFUENTES  
CASTAÑEDA Sergio Enrique  
(FAU20216072155)

SERGIO ENRIQUE. CIFUENTES CASTAÑEDA  
GERENTE GENERAL (E)



<sup>49</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTTEL, publicada en Diario Oficial "EL Peruano" con fecha 20 de abril del 2017.

<sup>50</sup> De conformidad con el artículo 6° del TUO de la LPAG:

**Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo**

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo. (...)