OSIPTEL GG | FOLIOS 166

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00249-2017-GG/OSIPTEL

Lima, **9 de noviembre de 2017**

EXPEDIENTE N°	:	**00020-2017-GG-GSF/PAS**
MATERIA	:	**Procedimiento Administrativo Sancionador**
ADMINISTRADO	:	**TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**

VISTO: el Informe de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL (GSF) N° 00170-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

1. Mediante Informe de Supervisión N° 00015-GSF/SSDU/2017 de fecha 20 de junio de 2017 (Informe 1), la GSF emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, por parte de TELEFÓNICA, seguido en el expediente de supervisión N° 00146-2016-GG-GFS, cuyas conclusiones fueron:

> ***"V. CONCLUSIÓN***
> *88. De lo analizado en el numeral III del presente informe, se concluye que corresponde recomendar lo siguiente:*
> *(...)*
> - *Iniciar un procedimiento administrativo sancionador a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., por la presunta infracción al artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que la referida empresa no habría conservado los mecanismos de contratación consistentes en grabación de audio de ocho (8) abonados que representan el 2.2% del total de trescientos sesenta (360) mecanismos de contratación de la muestra, conforme a los considerandos del numeral 3.3.3."*

2. Con carta N° C.00353-GSF/2017, notificada el 21 de junio de 2017; se notificó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS —seguido en el Expediente N° 00011-2017-GG-GSF/PAS— por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO las Condiciones de Uso, por el presunto incumplimiento del artículo 9 de dicha norma.

3. Mediante el Informe de Supervisión N° 0032-GSF/SSDU/2017 (Informe 2) de fecha 26 de julio de 2017, la GSF 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° 0159-2016-GG-GFS, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

"IV. CONCLUSIONES

(...)

4.2 TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, al no haber conservado doscientos veintinueve (229) mecanismos de contratación, correspondientes a los servicios de telefonía móvil detallados en el Anexo 4 del presente informe. Dado que el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso constituye una infracción leve, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, corresponde iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador en tal extremo.

4.3 TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido con lo dispuesto por el artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso, porque no habría remitido información relacionada sobre los quinientos ochenta y cinco (585) líneas móviles, en la oportunidad solicitada por el OSIPTEL. De modo que se remite la lista de las líneas y sus titulares en el Anexo 5 del presente informe. Dado que el incumplimiento del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso constituye una infracción leve, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, corresponde iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador en tal extremo.

4.4 Debido a que no es posible verificar lo dispuesto en el artículo 9 y/o 120 del TUO de las Condiciones de Uso respecto de 181 las líneas detalladas en el anexo 6 del presente informe, corresponde archivar el presente expediente en este extremo."

4. A través de la carta N° 00587-GSF/2017 notificada el 31 de julio de 2017, se comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO las Condiciones de Uso, por el presunto incumplimiento de los artículos 9 y 120 de dicha norma; otorgando un plazo para alcanzar sus descargos.

5. Mediante comunicaciones TP-2370-AG-GGR-17 y TP-2352-AG-GGR-17, recibidas el 4 de agosto de 2017, TELEFÓNICA solicitó la acumulación de procedimientos administrativos sancionadores seguidos en los expedientes N° 11-2017-GG-GSF/PAS y 20-2017-GG-GSF/PAS, en el extremo referido al artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.

6. Con carta C.00664-GSF/2017, notificada el 11 de agosto de 2017; la GSF corrigió el error material advertido en la carta C.00587-GSF/2017 y el Informe N° 032-GSF/SSDU/2017

7. Mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 00112-2017-GSF/OSIPTEL, del 21 de agosto de 2017, se dispone la acumulación del Expediente N° 011-2017-GG-GSF/PAS al Expediente N° 020-2017-GG-GSF/PAS, sólo en el extremo referido a la imputación de la comisión de la infracción del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.

8. Mediante comunicación TP-2879-AR-GGR-17, recibida el 19 de setiembre de 2017, TELEFÓNICA presentó sus descargos (Descargos 1).

9. Con fecha 04 de octubre de 2017, la GSF remitió a la Gerencia General su Informe de Análisis de Descargos N° 00170-GSF/2017 (Informe Final de Instrucción).

10. Mediante comunicación N° C.01096-GG/2017 notificada el 05 de octubre de 2017, 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 del escrito N° TP-3233-AR-GGR-17, recibido el 16 de octubre de 2017, TELEFÓNICA presentó descargos al Informe Final de Instrucción (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[1] 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. (...)"*
>
> ***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, se imputó a TELEFÓNICA el incumplimiento de su obligación de conservar los mecanismos de contratación de 237 líneas telefónicas móviles; así como la obligación de remitir al OSIPTEL los mecanismos de contratación respecto de 585 líneas telefónicas móviles, según el siguiente detalle:

Cuadro N° 1: Resumen de incumplimientos imputados

Incumplimientos imputados a TELEFÓNICA			
	Informe de Supervisión 2	Informe de Supervisión 1	Total
Artículo 9	229 líneas	8 líneas	237 líneas
Artículo 120	585 líneas		585 líneas

Fuente: Elaboración PIA

[1] 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.

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[2] 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[3], que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Asimismo, 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 PAS cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 237 del citado TUO, fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a TELEFÓNICA, por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito y tampoco ha caducado[4] la facultad de resolver el presente PAS.

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

CUESTIÓN PREVIA

De la revisión del Informe 2, se advierte que de la relación de líneas sobre las cuales se imputa a TELEFÓNICA el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, diecisiete corresponden al señor Nahuel Pantoja Dávalos (Abonado 1).

Al respecto, cabe indicar que con fecha 23 de octubre de 2015, el Abonado 1 realizó el procedimiento denominado Cuestionamiento de Titularidad de ocho (8) líneas móviles prepago[5], las cuales, de acuerdo a lo señalado por dicha persona, no fueron solicitadas ni contratadas por ella.

En ese orden de ideas, mediante Carta Nº C.1464-GPSU/2015 del 3 de noviembre de 2015, la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario del OSIPTEL (GPSU) solicitó a TELEFÓNICA información referente a diecisiete (17) líneas móviles que aparecen en la página web de TELEFÓNICA a nombre del Abonado 1; sin embargo, sólo requirió la

OSIPTEL GG-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA FGG J. CAVERO

[2] **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° (...)"*

[3] PEDRESCHI GARCÉS, Willy. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.

[4] Teniendo en cuenta que el PAS se inició el 21 de junio de 2017, fecha en la que se notifica la carta C. 00353-GSF/2017 comunicando a TELEFÓNICA la imputación de cargos.

[5] Líneas: [redacted]

remisión de *"los mecanismos de contratación que acrediten el consentimiento del Abonado 1 respecto de las líneas objeto de cuestionamiento"*.

En ese sentido, toda vez que el OSIPTEL no requirió la remisión de los mecanismos de contratación de las nueve (9) líneas[6] móviles no cuestionadas por el Abonado 1, éstas no pueden ser tomadas en cuenta para determinar si TELEFÓNICA conservó o no el contrato de prestación de servicios; y por ende, verificar el cumplimiento del tercer párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.

En esa medida, corresponde el **ARCHIVO** de las líneas [redacted] y [redacted] respecto del incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.

1. Análisis de los Descargos.-

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

1.1 Respecto del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso:

a) Respecto de la obligación de conservar el contrato de abonado según lo establecido por el tercer párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso

TELEFÓNICA sostiene que el artículo 9 al establecer la obligación de conservar los contratos de abonado toma como presupuesto la existencia de una relación contractual válidamente realizada. Asimismo, indican que la conservación se dará cuando existan contratos qué conservar.

Pese a ello, TELEFÓNICA indica que el OSIPTEL le ha imputado muchas líneas telefónicas que fueron cuestionadas por personas que indicaban expresamente no mantener una relación contractual con su representada[7]. En ese sentido, refieren a que se encuentran frente a una obligación imposible de ser cumplida, pues, no se podrían conservar unos contratos que no existen.

Señala asimismo que el Consejo Directivo del OSIPTEL a través de la Resolución N° 0099-2017-CD/OSIPTEL de fecha 7 de setiembre de 2017, hace referencia a que uno de los requisitos de los actos administrativos es el objeto, el cual debe ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

De otro lado, TELEFÓNICA cita el numeral 74 del Informe N° 168-GFS/2017, en el sentido que no se puede imputar el artículo 9 porque no se podría remitir un documento que no existe, situación semejante a la que ocurre en el presente caso, por lo cual, en virtud del Principio de Tipicidad y de Presunción de Licitud solicitan el archivo definitivo de la imputación del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.

Sobre el particular, si bien TELEFÓNICA hace alusión a que parte de las líneas materia de la presente imputación —artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso— corresponden a treinta y siete (37) abonados que manifestaron no tener relación contractual con la empresa operadora, es preciso señalar que de acuerdo al Expediente de Supervisión, se advierte que tales líneas se encontraban activas y por lo tanto a partir de las mismas se prestaba el servicio de telefonía móvil, e inclusive la empresa

[6] Líneas: [redacted]

[7] En el Anexo 2 de sus Descargos hacen referencia a treinta y siete (37) abonados que no mantenían relación contractual con ella.

operadora pudo percibir ingresos por el tráfico de dichos servicios; resultando evidente la existencia de un vínculo contractual.

En este punto, se observa que TELEFÓNICA alude a que "los usuarios sostienen la inexistencia de un vínculo contractual", pretendiendo con ello justificar el hecho que no cuentan con el medio probatorio que acredite que los treinta y siete (37) abonados mencionados fueron quienes contrataron los servicios prestados por ésta. No obstante, contrariamente a lo señalado por la empresa operadora, dicha situación no implica que no existiera contratación alguna, sino que no conservó tales mecanismos de contratación, los cuales resultan fundamentales para esclarecer la contratación a nombre de un abonado que manifiesta no haber solicitado el servicio.

Es importante remarcar que la conservación del contrato de servicios, 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.

Finalmente, el incumplimiento de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, es decir la no conservación de los contratos en análisis, se encuentra plenamente acreditado mediante las cartas TP-AR-GGR-2135-15, TP-1543-AF-ASR-17, TP-AR-GGR-3679-15, TP-AR-GGR-3496-15, TP-AR-GGR-3497-15, TP-AR-GGR-3475-15, TP-AR-GGR-3375-15, TP-AR-GGR-2577-15, TP-AR-GGR-1054-16, TP-AR-GGR-0851-16, TP-AR-GGR-3113-15, TP-AR-GGR-3586-15, TP-AR-GGR-3660-15, TP-AR-GGR-0630-16, TP-AR-GGR-2198-15, TP-AF-GTR-1368-16, TP-AF-GTR-1455-16, TP-AF-GTR-1561-16, TP-AR-GGR-1501-16, TP-AR-GGR-2143-16, TP-AR-GGR-3688-15, y TP-0084-AR-GGR-17, en las cuales TELEFÓNICA señaló de modo expreso, no haber conseguido ubicar los mecanismos de contratación solicitados por la GSF, sin que en dicho momento haya alegado la falta de vinculación contractual respecto de las líneas telefónicas.

Es importante remarcar el hecho que de modo alguno el TUO de las Condiciones de Uso admiten que un servicio público se preste sin consentimiento de su titular. Así, el cuestionamiento de titularidad es un mecanismo establecido por el OSIPTEL para brindar herramientas al usuario a fin que pueda desvincularse de un servicio que indebidamente figura bajo su titularidad. Tal mecanismo busca proteger a los usuarios sin que ello releve la responsabilidad de las empresas operadoras de seguir adecuadamente los procedimientos de contratación del servicio y conservación del mecanismo de contratación.

En ese sentido, queda claro que no nos encontramos frente a una obligación imposible de ser cumplida, por ello debe desestimarse lo alegado por TELEFÓNICA en este extremo.

En cuanto al pronunciamiento del Consejo Directivo a través de la Resolución N° 0099-2017-CD/OSIPTEL, es de indicar que en tal caso dicho Colegiado archivó el PAS seguido por la infracción del artículo 13 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS) por incumplimiento de la resolución del TRASU que ordenó que CONVERGIA entregue copia del contrato de abonado. Como se puede observar en tal caso la imputación se encontró referida a la falta de entrega del contrato, y dicha conducta no es la que se imputa en el presente PAS.

Sin perjuicio de ello, es de considerar que, en el caso invocado por TELEFÓNICA, la empresa reconoció que no conservaba el contrato y el usuario desconocía la

contratación, señalando el Consejo Directivo que ese tipo de conducta debió ser analizada a la luz de lo dispuesto en el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, que es precisamente el artículo materia de imputación en el presente procedimiento administrativo sancionador. Por tal motivo, queda claro que el presente PAS va en la línea de lo señalado por el Consejo Directivo del OSIPTEL.

En esa misma línea, el numeral 74 del Informe N° 168-GFS/2017[8] del 7 de abril de 2017, traído a colación por TELEFÓNICA, señala que no se puede remitir un documento que no existe, en los siguientes términos:

> 74. Por tanto, de los actuados se puede advertir que **no queda acreditada la existencia del contrato vía telefónica, el cual incluiría, entre otros, el servicio de acceso a internet de 8 MB**. En ese sentido, la no presentación de dicho documento no puede considerarse un incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto, sería de imposible cumplimiento la remisión de un documento inexistente.

Cabe precisar que el referido numeral 74 se refería a que el titular de la línea 32074XX presentó al OSIPTEL el mecanismo de contratación de su servicio de telefonía fija y empaquetados suscrito con TELEFÓNICA; no obstante ello, la empresa en la acción de supervisión del 10 de febrero de 2015 intentó restar efectos a dicha contratación señalando que posterior a la celebración de dicho contrato, el titular habría celebrado otro contrato con la empresa Telefónica Multimedia S.A.C., siendo supuestamente éste el vigente, y al solicitar la GSF en reiteradas oportunidades dicho mecanismo de contratación, la empresa con carta TP-AF-GTR-0562-15, reconoció que no contaba con un medio de contratación en los términos solicitados, remitiendo el contrato suscrito con TELEFÓNICA que fuera presentado inicialmente por el mencionado titular. En ese contexto, el OSIPTEL consideró que quedaba acreditada la inexistencia del contrato celebrado con Telefónica Multimedia y que por lo tanto, este Organismo no podría sancionar su no entrega, menos si se trata de una persona jurídica.

Por tanto, en atención a lo expuesto; corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA en este extremo de sus descargos.

b) <u>Respecto de la inadecuada calificación de los hechos constitutivos de infracción y la vigencia del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso al momento de la ocurrencia de los hechos que sustentan el PAS</u>

TELEFÓNICA sostiene que en el presente caso nos encontramos frente a una inadecuada calificación de los hechos constitutivos de infracción en la medida que el OSIPTEL pretende sancionar a su representada por un acto u omisión que no se encontraba tipificada como infracción al momento de la comisión de las presuntas infracciones.

TELEFÓNICA señala que antes de octubre de 2015, la regulación respecto a los 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.

[8] Informe de 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 N° 80-2015-GG-GFS.

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. 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 antes del cambio normativo[9].

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 análoga. (...)*
>
> ***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[10] 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.

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 certera (lex certa) lo que constituye el ilícito sancionable"[11].*

OSIPTEL GG-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PJA FGG J. CAVERO

[9] Al respecto, TELEFÓNICA en sus Descargos (anexo 1), señaló que ciento setenta (170) líneas (correspondientes a 15 abonados) se encontraban en estado de baja antes del 1 de octubre de 2015, entrada en vigencia de la nueva regulación (Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL).
[10] Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC.
[11] MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. 11° Edición Revisada Actualizada. 2015. pp. 768

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[12], al momento de la supuesta comisión de la infracción, establecía 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[13], 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 esa misma línea, el Consejo Directivo del OSIPTEL en la Resolución N° 080-2016-CD/OSIPTEL se pronunció respecto a la obligación de conservar los contratos luego de terminada la relación contractual, de la siguiente manera:

> *"Complementariamente a ello, en la Matriz de Comentarios de la citada norma, el OSIPTEL ha sido enfático en señalar que, ante la solicitud de las empresas operadoras para fijar un plazo para el almacenamiento de los contratos de abonado, no resulta atendible dicha propuesta, en la medida que la conservación del contrato de abonado por parte de la empresa operadora constituye un derecho esencial para el abonado, que puede requerir dicho documento en diferentes momentos y por distintas circunstancias.*
>
> *Por otra parte, es importante señalar que la obligación de conservar los contratos, está relacionada con la carga de la prueba sobre la contratación del servicio público de telecomunicaciones y por tanto con su derecho a facturar los cargos que se generen como consecuencia del mismo, conforme se establece en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso[14].*

---

[12] 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 el 01 de octubre de 2015.

[13] *"(...)*
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.
(...)"

[14] ***"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.

OSIPTEL GG PIA M. OROZCO

OSIPTEL PJA FGG CAVERO

Teniendo en cuenta lo señalado, la empresa operadora debe conservar el contrato, durante el periodo que le permita exhibirlo ante posibles eventualidades, es el caso de:

(i) Se genere una controversia entre la empresa operadora y el abonado, como un reclamo, y es aquella quien debe probar la existencia de la relación contractual con este; o

(ii) El requerimiento de información por parte del OSIPTEL, como consecuencia de una acción de supervisión.

(...)

Finalmente, la precisión al plazo de diez (10) años para la conservación de los contratos que establece la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL, vigente a partir de 01 de octubre del 2015; para este caso en particular, no resulta relevante, toda vez que la información sobre la aceptación de los abonados que acredite la contratación de un servicio de telecomunicaciones, que fue requerida por la GFS corresponde a contrataciones efectuadas antes del año, tal como se detalla a continuación:

Fecha de requerimiento de información	*Periodo de suscripción de contratos*
24.01.2014	*01.04.2013 al 30.09.2013*
12.08.2014	*01.02.2014 al 28.02.2014*

Ahora bien, según se verifica del Expediente de Supervisión, mediante diversas comunicaciones —TP-AR-GGR-2135-15[15] recibida el 18 de agosto de 2015, TP-1543-AF-ASR-17[16] recibida el 30 de mayo de 2017, TP-AR-GGR-3679-15[17] recibida el 30 de diciembre de 2015, TP-AR-GGR-3496-15[18] recibida el 16 de diciembre de 2015, TP-AR-GGR-3497-15[19] recibida el 16 de diciembre de 2016, TP-AR-GGR-3475-15[20] recibida el 15 de diciembre de 2015, TP-AR-GGR-3375-15[21] recibida el 7 de diciembre de 2015; entre otras, TELEFÓNICA reconoció que la imposibilidad en la entrega de los mecanismos de contratación requeridos 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-AR-GGR-2198-15

(i) El mecanismo de contratación que acredite el consentimiento de la Sra. Bendezú Vivanco para la provisión del servicio en cuestión; precisando la fecha de activación, y lugar de contratación.

Al respecto, lamentamos informar a su Despacho que pese a nuestros mayores esfuerzos no hemos logrado ubicar la documentación requerida, pese a ello, indicamos el lugar de venta del servicio en cuestión:

[redacted]	05.08.2011	ALTA NUEVA	GLOBAL SATELITAL SAC./AG. PROVINCIA - HUANCAYO

(ii)Copia del documento que sustente la adquisición del equipo módem en referencia, el cual habría sido presuntamente requerido por la Sra. Bendezú Vivanco.

Sobre el particular, tal como lo mencionamos en el punto anterior, no hemos logrado ubicar el documento solicitado.

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

---

(...)"

[15] Obra en el folio 341 del Expediente de Supervisión
[16] Obra en el folio 757 del Expediente de Supervisión
[17] Obra en el folio 227 del Expediente de Supervisión
[18] Obra en el folio 245 del Expediente de Supervisión
[19] Obra en el folio 268 del Expediente de Supervisión
[20] Obra en el folio 275 del Expediente de Supervisión
[21] Obra en el folio 302 del Expediente de Supervisión

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.

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 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.

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 228 líneas móviles.

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

c) <u>Sobre la presunta trasgresión al Principio de Razonabilidad al imputarle el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, respecto a las ocho (8) líneas acumuladas.-</u>

TELEFÓNICA sostiene que sobre los casos materia de acumulación correspondientes al Expediente N° 0011-2017-GG-GSF/PAS, el plan de supervisión habría analizado un total de trescientos sesenta (360) casos supervisados, siendo remitidos trescientos cincuenta y dos (352) mecanismos de contratación a la GSF, faltando remitir sólo ocho (8) contratos, lo cual representa el 2.22% del presunto incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso; en ese sentido, solicita el archivo del presente PAS en ese extremo, en virtud al Principio de Razonabilidad.

A fin de reforzar su argumento, invoca el Informe N° 432-GFS/2014 en el cual se señaló, en el marco del cumplimiento del artículo 10 del Reglamento de Continuidad de la empresa GILAT TO HOME PERÚ, que *"del total de teléfonos supervisados en campo sólo el 1.05% fueron detectados, lo cual muestra que no se trata de una conducta habitual de la empresa, muy por el contrario, es una conducta excepcional"*.

Asimismo, hace referencia al Informe N° 06-GSF/SSDU/2017, en el marco del cumplimiento por parte de TELEFÓNICA del artículo 67-B del TUO de las Condiciones de Uso, en el cual el OSIPTEL concluyó archivar todo lo actuado, pues no consideraba que no resultaba razonable iniciar un PAS por sólo tres (3) casos de los veintinueve (29) acciones de supervisión realizadas.

Atendiendo a ello, TELEFÓNICA solicita el archivo definitivo del presente extremo, en la medida que el mismo habría sido iniciado en contravención a los Principios de Razonabilidad, Predictibilidad y Confianza Legítima.

Sobre lo manifestado por la empresa operadora, es importante recordar que en el presente PAS se analizan doscientos veintiocho (228[22]) casos en donde la empresa operadora no habría conservado los mecanismos de contratación, y no solo ocho (8) casos.

Por otro lado, se verifica que la conducta de TELEFÓNICA es recurrente, puesto que en anteriores oportunidades se le sancionó por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso. Así por ejemplo, mediante la Resolución N° 303-2015-GG/OSIPTEL se le sancionó con cincuenta (50) UIT por no conservar los mecanismos de contratación de líneas móviles prepago. Asimismo, mediante la Resolución N° 353-2016-GG/OSIPTEL se le sancionó por el mismo incumplimiento con cien (100) UITs.

En ese orden de ideas, esta instancia considera que el inicio del presente PAS no vulneró el Principio de Razonabilidad en la medida que los hechos materia de evaluación son cuantiosos (228 casos); asimismo, el incumplimiento por parte de la empresa operadora, a pesar de la existencia de multas anteriores, significa que éstas no lograron disuadir a TELEFÓNICA para que deje de incumplir con su obligación de conservar los mecanismos de contratación, teniendo en cuenta la importancia que tienen éstos para los abonados y usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, en la medida que son 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.

Finalmente, tampoco se advierte trasgresión a los principios de predictibilidad y confianza legítima alegados por TELEFÓNICA, en la medida que en el presente PAS se observan circunstancias distintas a las acontecidas en los casos evaluados en los Informes N° 0432-GFS/2014 y N° 006-GSF/SSDU/2017.

1.2 Sobre el cumplimiento del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso

TELEFÓNICA sostiene que existen dos (2) casuísticas en los que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso devienen en imposibles: a) cuando se confirma la inexistencia de los mecanismos de contratación toda vez que se desconoció la titularidad del servicio; y, b) los casos en los que oportunamente comunicó que no contaba con los mecanismos de contratación.

En cuanto al primer supuesto, indica TELEFÓNICA que resulta contrario a nuestro ordenamiento requerirle información respecto a la contratación de líneas que han sido cuestionadas, ya que desde un inicio los propios afectados han confirmado la inexistencia

[22] Del total de 237 casos se deben restar los 9 casos archivados en la Cuestión Previa, por lo que quedaría un total de 228 casos.

de las mismas. A esos efectos, en el Anexo 3 de sus descargos remite una lista de líneas móviles que han sido objeto de cuestionamientos de titularidad.

Sobre el particular, nos remitimos a lo desarrollado en el punto 1.1 de la presente resolución, en la medida que de la revisión del Expediente de Supervisión se advierte que las líneas "cuestionadas" se encontraron activas y por lo tanto a partir de las mismas se prestaba el servicio de telefonía móvil e inclusive la empresa operadora pudo percibir ingresos por el tráfico de dichos servicios; resultando innegable la existencia de un vínculo contractual.

En cuanto a la segunda casuística, TELEFÓNICA afirma que casos puntuales como el de la señora Gissela Murga y el señor Carlos Caja (Anexo 4 de sus descargos), debe tenerse que los mismos también cuestionaron la existencia de un vínculo contractual con su representada, la misma que reconoció a través de sendas cartas que a pesar de sus esfuerzos, no fue posible ubicar los mecanismos de contratación. En ese sentido, infieren que no pueden remitir algo que no poseen.

En efecto, de la revisión de las afirmaciones vertidas por TELEFÓNICA en su escrito de descargos de fecha 14 de agosto de 2017, se observa que ésta reconoce que no cuenta con los mecanismos de contratación (idéntico supuesto al de la casuística 2 planteada por TELEFÓNICA), y por lo tanto, coincidimos con la GSF en que la conducta de la empresa operadora está relacionada a la falta de conservación de los mecanismos de contratación —artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso— y no a la falta de remisión de los contratos solicitados por el Regulador —artículo 120 del mismo cuerpo normativo—.

Así las cosas, esta instancia considera que no existe coincidencia entre la conducta descrita en la norma —*la empresa operadora tiene la obligación de suministrar al abonado y al OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los contratos (artículo 120)*— y el hecho sujeto a calificación. En sentido, si TELEFÓNICA no cuenta con el mecanismo de contratación, no es posible que cumpla con la obligación de suministrar al OSIPTEL la información que acredite la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En dicho contexto, siguiendo el pronunciamiento del Consejo Directivo en la Resolución N° 099-2017-CD/OSIPTEL, respecto a que no podría sancionarse la falta de entrega de una documentación que la empresa no posee, corresponde el ARCHIVO del presente PAS en este extremo, en virtud al Principio de Tipicidad, careciendo de objeto emitir pronunciamiento respecto de los demás argumentos formulados por la empresa operadora.

1.3 <u>Respecto de la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad</u>

Una vez determinada la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido TELEFÓNICA con lo dispuesto por el artículo 9 de la referida norma; corresponde que esta instancia evalúe si en el presente caso, se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 255 del TUO de la LPAG, como en el artículo 5 del RFIS.

- <u>Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada:</u> De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, se produjo como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio. Por

tanto, no corresponde aplicar el supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento del tercer párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, se debió a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Con relación a este eximente, se debe entender que por su propia naturaleza esta condición es aplicable en supuestos donde el administrado infractor es una persona natural respecto de la cual, se deberá acreditar el estado de incapacidad mental. Por tanto, no corresponde aplicar el citado eximente de responsabilidad en este caso.

- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, se debió al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento se concluye que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, se debe al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativo, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253° del TUO de la LPAG: La subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad. Por ello a efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:

  - La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
  - La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
  - La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
  - La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

En el presente caso, conforme ha reconocido TELEFÓNICA en el expediente bajo análisis, no conservó los mecanismos de contratación en doscientos veintiocho (228) casos, conforme lo dispone el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso. Así, en tanto la empresa operadora no ha cumplido con acreditar el cese, no resulta factible evaluar la aplicación de la subsanación.

OSIPTEL GG. PIA M. OROZCO

OSIPTEL PJA FGG A. CAVERO

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.

1.4 Sobre la aplicación de medidas menos gravosas

TELEFÓNICA afirma que ha venido implementando una serie de medidas a fin de asegurar mejoras en el proceso de custodia y gestión de los mecanismos de contratación de sus abonados, conforme a las obligaciones impuestas en la normativa.

Así, refiere a que en el año 2016 cambió de proveedor de custodia de documentos físicos, con ello se habrían implementado mejoras en la recaudación y sistematización del proceso, de acuerdo al siguiente detalle:

- Se estableció un cronograma para el recojo de documentos de sus tiendas y puntos de atención a nivel nacional.
- Se realizó un proceso de actualización y diferenciación de áreas y tipos documentales para la custodia, a fin de organizar de manera adecuada los documentos y facilitar su ubicación cuando éstos sean requeridos.
- Se realizó la estandarización y homologación de campos a rellenar para la custodia.
- Se envía periódicamente el feedback correspondiente a las tiendas sobre el cumplimiento del cronograma y mejoras que pueden realizar en la organización de la documentación.

En cuanto a los documentos en formato digital, indica que implementaron un nuevo repositorio para su custodia en febrero del año 2016, el cual permitirá almacenar distintas transacciones realizadas por los abonados.

La empresa operadora solicita se aplique el Principio de Proporcionalidad, así como, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, al momento de adoptar medidas gravosas en contra de su representada, manifestando que se debería tener en cuenta lo siguiente:

- TELEFÓNICA informó el estado de las líneas cuestionadas; así como realizó la baja o cuestionamiento de titularidad, en caso corresponda.
- 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.

Sobre el particular, debe señalarse que al haberse acreditado la responsabilidad de TELEFÓNICA en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso; la ausencia de beneficio ilícito y la falta de intencionalidad alegada y las acciones posteriores adoptadas por la referida empresa operadora para cumplir con lo establecido en el artículo 9 de la misma norma, serán evaluados al momento de determinar y graduar la sanción a ser aplicada en el presente caso.

OSIPTEL GG.PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA GG M. CAVERO

Ahora bien, el Principio de Razonabilidad se encuentra reconocido a nivel legal a través del numeral 1.4 del artículo IV[23] 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 e imponer una sanción, es necesario que la decisión que se adopte 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.

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 y la eventual imposición de una sanción, resulta ser la medida eficaz para desincentivar las infracciones que incurrió TELEFÓNICA referidas a la no conservación de los mecanismos de contratación de 228 líneas telefónicas (artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso) generándose la infracción tipificada en el artículo 2 del anexo 5 del mismo cuerpo normativo; más aún si tal como se indicó anteriormente, TELEFÓNICA ya fue sancionada por incumplir el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, por lo que resulta evidente que una sanción es la más adecuada para reprimir dichas conductas que atentan contra la normativa.

Adicionalmente, se busca tener un efecto disuasivo de modo tal que TELEFÓNICA implemente mecanismos eficientes para atender los requerimientos formulados por el

OSIPTEL GG-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PJAFGG A. CAVERO

[23] 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.

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 resguardo de los mecanismos de contratación (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.

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 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 móvil, lo cual era de relevancia considerando que hubo múltiples cuestionamientos de titularidad.

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.

2. Determinación de la Sanción.-

2.1 Respecto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG.-

A fin de determinar la graduación de las multas a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el 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[24].

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

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

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

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

En el presente caso, el beneficio resultante de la comisión de 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

OSIPTEL GG PIA M. OROZCO

OSIPTEL PJA FGG T. CAVERO

[24] 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.

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.

En la etapa de supervisión la GSF sólo analizó 1,013 líneas móviles (detalladas en el disco compacto adjunto al Informe de Supervisión) correspondientes a aquellos casos de abonados que desconocieron la titularidad de líneas móviles y que llegaron a conocimiento de la GSF en el periodo del segundo semestre del 2015 al primer trimestre del 2016.

Considerando lo antes expuesto, se ha determinado una probabilidad de detección baja, puesto que no es factible para el OSIPTEL verificar ni cerca del 100% de las contrataciones efectuadas por TELEFÓNICA respecto al servicio de telefonía móvil, máxime si nos encontramos ante una empresa operadora que tiene una participación alta en el mercado del servicio móvil de 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.

Tal y como se ha indicado en el presente PAS, es importante señalar que a través de la falta de conservación 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.

Sobre el particular, TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto en el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, por no haber conservado doscientos veintiocho (228) mecanismos de contratación.

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 cuantificar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico.

v. Circunstancias de la comisión de la infracción:

Al respecto, sobre el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, respecto de las doscientos veintiocho (228) 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 móvil.

Asimismo, 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.

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.

En virtud de los criterios analizados, tomando en cuenta el costo evitado por la empresa operadora (representado por los costos mensuales de almacenamiento y conservación de los contratos), la naturaleza y gravedad de la infracción, daño al interés público y/o bien jurídico protegido así como la probabilidad de detección; y considerando que la multa a imponer no puede exceder de las 50 UITs, corresponde imponer una multa de 50 UITs[25]

2.2 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.

En el presente caso, los incumplimientos de lo dispuesto en el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso corresponden al año 2015, en tal sentido, la multa a imponerse a TELEFÓNICA no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2014.

2.3 Atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 255 del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18 del RFIS

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 255 del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

- Si iniciado un PAS, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa, esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
- Otros que se establezcan por norma especial.

Así, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18 del RFIS, 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

[25] El cálculo obtenido excede el rango establecido para las infracciones leves

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.

- Respecto al reconocimiento de la responsabilidad

  De lo actuado en el expediente y conforme con lo señalado en el Informe Final de Instrucción de la GSF, TELEFÓNICA no ha presentado el reconocimiento expreso y por escrito de la responsabilidad por la comisión de la infracción detectada por la GSF.

- Respecto al cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa

  Conforme a lo señalado por la GSF en su Informe Final de Instrucción, de la información recabada en el presente PAS, no se advierte que TELEFÓNICA haya cesado los actos u omisiones que constituyen infracción.

  Conforme se ha indicado y analizado en el presente caso no se ha producido el cese de la conducta infractora puesto que TELEFÓNICA no ha conservado los mecanismos de contratación conforme lo dispone dicha norma; más aún, la empresa afirma que no puede remitir lo que no tiene.

- Respecto a la reversión de los efectos derivados de los actos que constituyen infracción

  Dada la naturaleza de la obligación dispuesta en el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, no se puede efectuar la reversión de los efectos de la conducta infractora, de conformidad con lo indicado por la GSF en su Informe Final de Instrucción en la medida que lo que se deseaba verificar era el contrato original, a fin de poder determinar la participación o no del abonado al momento de la contratación sobre la prestación del servicio de telefonía móvil.

- Respecto la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora

  En su escrito de descargos, TELEFÓNICA ha detallado las siguientes acciones desplegadas para cumplir con lo dispuesto en el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso: i) Estableció un cronograma para el recojo de documentos de sus tiendas y puntos de atención a nivel nacional, ii) Realizó un proceso de actualización y diferenciación de áreas y tipos documentales para la custodia, a fin de organizar de manera adecuada los documentos y facilitar su ubicación cuando éstos sean requeridos. iii) Realizó la estandarización y homologación de campos a rellenar para la custodia. iv) Envía periódicamente el feedback correspondiente a las tiendas sobre el cumplimiento del cronograma y mejoras que pueden realizar en la organización de la documentación.

  Al respecto, de la revisión de los actuados, se ha determinado que TELEFÓNICA no ha aportado documento alguno que acredite la adopción de dichas medidas[26], no correspondiendo la reducción de la multa por esta causal atenuante.

OSIPTEL GG.PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA - GG CAVERO

[26] Siguiendo la línea interpretativa efectuada por la Gerencia Legal a través del Informe N° 224-GAL/2017, que forma parte integrante de la Resolución de Consejo Directivo N° N° 105-2017-CD/OSIPTEL, en el cual se indica que en un procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponde al administrado que los plantea.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF y en el artículo 246 del TUO de la LPAG (principalmente por la probabilidad de detección y el costo evitado), corresponde sancionar a la empresa TELEFÓNICA por la infracción tipificada 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 doscientos veintiocho (228) mecanismos de contratación al OSIPTEL.

Cabe indicar que el detalle de los teléfonos cuyos mecanismos de contratación no fueron conservados 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°.- 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 120 de dicha norma; 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 doscientos veintiocho (228) 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 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/OSIPTEL y su modificatorias.

OSIPTEL GG PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA FGG J. CAVERO

OSIPTEL GG | FOLIOS 177

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° 080-2016-CD/OSIPTEL.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por:AREQUIPEÑO TAMARA Luis Alberto (FAU20216072155)

LUIS ALBERTO. AREQUIPEÑO TAMARA
GERENTE GENERAL (E)

OSIPTEL GG PIA M. OROZCO

OSIPTEL PJA FGG T. CAVERO