

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 146 -2017-CD/OSIPTEL**

Lima, 07 de diciembre de 2017

EXPEDIENTE N°	:	00020-2017-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00223-2017-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 00223-2017-GG/OSIPTEL, a través de la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 00157-2017-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le impuso las siguientes sanciones:
1. Una multa de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, 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 Telecomunicaciones¹ (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 120° de la misma norma, dado que no remitió en el plazo requerido por el OSIPTEL ciento setenta y dos (172) mecanismos de contratación.
 2. Una multa de cincuenta (50) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 9° de la misma norma, al no conservar los mecanismos de contratación correspondientes a ciento setenta (170) líneas telefónicas.
- (ii) El Informe N° 00283-GAL/2017 del 01 de diciembre de 2017, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA, y
- (iii) Los Expedientes N° 00080-2015-GG-GFS y N° 00020-2017-GG-GFS/PAS.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Carta C.00755-GFS/2017, de fecha 7 de abril de 2017 notificada en la misma fecha, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (actualmente, Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en adelante, GSF) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), toda vez que habría incurrido en las siguientes infracciones:

Conducta	Obligación	Tipificación	Infracción
No conservar los mecanismos de contratación correspondientes a 172 líneas telefónicas	Art. 9° TUO CDU	Art. 2. Anex. 5 TUO CDU	Leve

¹ Aprobado con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL



No remitió en el plazo requerido por el OSIPTEL los contratos correspondientes a 172 líneas telefónicas	Art. 120° TUO CDU	Art. 2. Anex. 5 TUO CDU	Leve
---	-------------------	-------------------------	------

2. A través de la comunicación TP-1083-AR-GGR-17 del 24 de abril de 2017, TELEFÓNICA solicitó se amplíe por treinta (30) días hábiles, el plazo para remitir sus descargos. Dicha solicitud fue atendida mediante la carta C.034-GSF/2017, notificada el 28 de abril de 2017, otorgándole la ampliación del plazo solicitado, el mismo que venció el 7 de junio de 2017.
3. Mediante la Carta C.035-GSF/2017 del 28 de abril de 2017, notificada en la misma fecha, se ampliaron los hechos en virtud a los cuales se inició el PAS, en virtud a:

Conducta	Obligación	Tipificación	Infracción
No conservar los mecanismos de contratación correspondientes a 4 líneas telefónicas adicionales (73213693, 5591201, 4575930 y 7922847.	Art. 9° TUO CDU	Art. 2. Anex. 5 TUO CDU	Leve

4. A través de la comunicación TP-1309-AR-GGR-17 del 5 de mayo de 2017, TELEFÓNICA solicitó se considere como fecha límite para remitir sus descargos, contra la imputación efectuada a través de la carta C.035-GSF/2017, el 7 de junio de 2017. Dicha solicitud fue atendida mediante la carta C.00175-GSF/2017, notificada el 22 de mayo de 2017, precisándole que el plazo para la remisión de los descargos vencería el 7 de junio de 2017.
5. Con fecha 8 de junio de 2017, TELEFÓNICA presentó sus descargos y solicitó audiencia de informe oral.
6. Con fecha 13 de junio de 2017, se llevó a cabo la audiencia de informe oral en la que los representantes de TELEFÓNICA precisaron y ampliaron sus descargos presentados mediante escrito de fecha 8 de junio de 2017.
7. A través del Informe N° 00079-GFS/2017, emitido el 15 de junio de 2017, la GSF concluyó que TELEFÓNICA incurrió en las conductas tipificada en el artículo 2° del anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido las siguientes obligaciones:

Conducta	Obligación	Infracción	Recomendación
No conservar los mecanismos de contratación correspondientes a 176 líneas telefónicas.	Art. 9° TUO CDU	Leve	Multa de 40 UIT
No remitió en el plazo requerido por el OSIPTEL los contratos correspondientes a 172 líneas telefónicas	Art. 120° TUO CDU	Leve	Multa de 4.5 UIT

8. Mediante la carta C.00639-GG/2017, notificada el 21 de junio de 2017, se remitió a TELEFÓNICA el Informe N° 00079-GFS/2017, a fin de que remita los descargos que considere convenientes.
9. Con fecha 7 de julio de 2017, TELEFÓNICA remitió sus descargos.
10. A través Resolución N° 00157-2017-GG/OSIPTEL, del 20 de julio de 2017, notificada en la misma fecha, la Gerencia General impuso a TELEFÓNICA las siguientes sanciones:

Conducta	Obligación	Infracción	Sanciones
----------	------------	------------	-----------



No conservar los mecanismos de contratación correspondientes a 170 líneas telefónicas.	Art. 9° TUO CDU	Leve	Multa de 50 UIT
No remitió en el plazo requerido por el OSIPTEL los contratos correspondientes a 172 líneas telefónicas	Art. 120° TUO CDU	Leve	Multa de 4 UIT

Asimismo, se dio por concluido el PAS en el extremo correspondiente a la infracción leve por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, respecto a las líneas 3206025, 3207054, 3207552, 3207738, 3207819 y 3207948.

11. El 14 de agosto de 2017, TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00157-2017-GG/OSIPTEL.
12. A través de la Resolución N° 00223-2017-GG/OSIPTEL del 10 de octubre de 2017, notificada en la misma fecha, la Gerencia General declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por TELEFONICA, contra la Resolución N° 00157-2017-GG/OSIPTEL.
13. Con fecha 31 de octubre de 2017, TELEFÓNICA presentó Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00223-2017-GG/OSIPTEL.

Cabe precisar que TELEFÓNICA en la misma fecha solicitó la confidencialidad de la información remitida en archivo digital, adjunto a su escrito de apelación, vinculada a su proceso interno de gestión documentaria, organización interna del negocio de la empresa e información de sus proveedores.

14. Con fecha 15 de noviembre de 2017, TELEFÓNICA solicitó la acumulación de los procedimientos administrativos sancionadores tramitados con los expedientes N° 020-2017-GG-GFS/PAS y N° 020-2017-GG-GSF/PAS, ambos vinculados a la supuesta infracción por el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.
15. A través de la Resolución N° 143-2017-CD/OSIPTEL, del 07 de diciembre de 2017, se declaró fundada la solicitud de confidencialidad de la información presentada por TELEFÓNICA, como Anexo de la carta TP-3364-AR-GGR-17 (Anexo 4 del recurso de apelación), vinculada al proceso para el recojo y custodia de la documentación.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL (en adelante, RFIS), y los artículos 216° y 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General² (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos de TELEFÓNICA son los siguientes:

- 3.1. Se vulneraron los Principios de Tipicidad, Legalidad y Seguridad Jurídica en la

² Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.



medida que el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso no establecía la obligación de resguardar contratos de clientes que no son abonados.

- 3.2. No se le puede exigir custodiar contratos de abonados, en los casos en que se reconoció que no existen.
- 3.3. Se vulneraron los Principios de Tipicidad, Predictibilidad y de Confianza Legítima, en la medida que el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso no contempla el suministro de los mecanismos de contratación fuera de plazo.
- 3.4. Corresponde eximirla de responsabilidad por la subsanación voluntaria del incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.
- 3.5. La primera instancia no se pronunció sobre los argumentos expuestos en su recurso de reconsideración.
- 3.6. Se vulneró el Principio de Razonabilidad al momento de determinar las sanciones de multa.

IV. CUESTIÓN PREVIA

4.1. Sobre la acumulación de los procedimientos administrativos sancionadores tramitados con Expedientes N° 020-2017-GG-GFS/PAS y N° 020-2017-GG-GSF/PAS.

TELEFÓNICA alega que la acumulación de los procedimientos busca eficiencia y simplificación en la gestión del Estado, a fin de lograr la máxima dinámica posible para alcanzar la mayor prontitud en el procedimiento administrativo.

En tal sentido, sostiene que la acumulación de procedimientos es una obligación/derecho: i) del funcionario responsable de la instrucción del procedimiento, y ii) derecho del administrado cuando se cumplan con los requisitos de la acumulación y no se genere ninguna afectación a terceros o a la eficiencia en el funcionamiento o gestión de la administración pública.

TELEFÓNICA considera que se cumplen con los supuestos establecidos en el artículo 158° del TUO de la LPAG, para acumular los expedientes N° 020-2017-GG-GFS/PAS y N° 020-2017-GG-GSF/PAS, toda vez que: i) se trata de procedimientos en trámite, ii) ambos procedimientos tienen al mismo sujeto sancionado, y ii) la materia sancionable es la misma.

Sostiene que a través de otras resoluciones (Resolución N° 002-GFS-2015/OSIPTEL, N° 112-2017-GFS/OSIPTEL, N° 034-2017-GG/OSIPTEL y N° 092-2013-CD/OSIPTEL) el OSIPTEL ha señalado la procedencia de las solicitudes de acumulación planteadas, ante supuestos similares.

Agrega a ello que de no acumular los procedimientos, se incurriría en un exceso de punición que podría concretarse con la convalidación de dos (2) multas pecuniarias de cincuenta (50) UIT, cada una, a pesar de tratarse de la evaluación de una misma conducta.

Sobre el particular, el artículo 158° del TUO de la LPAG, establece que la autoridad administrativa tiene la facultad de acumular los procedimientos que tengan elementos comunes entre sí, es decir, que guarden conexión. Al respecto, cabe



resaltar que es una facultad, pero no es una obligación, de la administración proceder a la acumulación de los procedimientos, siendo una prerrogativa discrecional, sujeta a la evaluación que se haga en el caso en concreto.

Por su parte, el artículo 84° del Código Procesal Civil, señala que hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas.

Ahora bien, se advierte que en el presente caso si bien se trata de expedientes que tienen como mismo administrado a TELEFÓNICA y versan sobre la obligación dispuesta en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, referida a la conservación de los contratos de abonados, se encuentran referidos a servicios distintos y periodos de supervisión distintos.

Expediente	Servicio	Carta de Requerimiento	Fecha de Requerimiento	Rpta EO	Fecha de Rpta EO	Incumplimiento
N° 00020-2017-GG-GFS/PAS	Telefonía Fija	C.567-GFS/2015	27/03/15	TP-AF-GTR-0928	14/04/15	Art 9° TUO CDU
N° 00020-2017-GG-GSF/PAS	Telefonía Móvil	2280-GPSU/2016	03/01/17	TP-0084-AR-GGR-17	09/01/17	Art 9° TUO CDU
		C. 160-GSF/2017	19/05/17	TP-1543-AF-ASR-17	30/05/17	Art 9° TUO CDU
		C. 715-GFS/2017	04/04/17	TP-1543-AF-ASR-17	30/05/17	Art 9° TUO CDU
		C.00347-GPSU/2016	05/04/16	TP-AR-GGR-0851-16	12/04/16	Art 9° TUO CDU
		C.00383-GPSU/2016	12/04/16	TP-AR-GGR-1054-16	29/04/16	Art 9° TUO CDU
		C.00706-GPSU/2016	31/05/16	TP-AR-GGR-1501-16	22/06/16	Art 9° TUO CDU
		C.01070-GFS/2016	18/05/16	TP-AF-GTR-1368-16 TP-AF-GTR-1455-16	08/06/16 14/06/16	Art 9° TUO CDU
		C.01224-GFS/2016	14/06/16	TP-AF-GTR-1561-16	30/06/16	Art 9° TUO CDU
		C.01635-GFS/2016	22/08/16	TP-AR-GGR-2143-16	06/09/16	Art 9° TUO CDU
		C.01656-GPSU/2015	09/12/15	TP-AR-GGR-3688-15	04/01/16	Art 9° TUO CDU
		C.1073-GPSU/2015	11/08/15	TP-AR-GGR-2135-15	18/08/15	Art 9° TUO CDU
		C.1118-GPSU/2015	20/08/15	TP-AR-GGR-2198-15	25/08/15	Art 9° TUO CDU
		C.1240-GPSU/2015	14/09/15	TP-AR-GGR-2577-15	23/09/15	Art 9° TUO CDU
		C.1464-GPSU/2015	05/11/15	TP-AR-GGR-3113-15	12/11/15	Art 9° TUO CDU
		C.1603-GPSU/2015	26/11/15	TP-AR-GGR-3375-15	07/12/15	Art 9° TUO CDU
		C.1604-GPSU/2015	26/11/15	TP-AR-GGR-3475-15	15/12/15	Art 9° TUO CDU
		C.1642-GPSU/2015	04/12/15	TP-AR-GGR-3660-15	29/12/15	Art 9° TUO CDU
		C.1651-GPSU/2015	09/12/15	TP-AR-GGR-3497-15	16/12/15	Art 9° TUO CDU



		C.1652-GPSU/2015	09/12/15	TP-AR-GGR-3496-15	16/12/15	Art 9° TUO CDU
		C.1698-GPSU/2015	15/12/15	TP-AR-GGR-3586-15	22/12/15	Art 9° TUO CDU
		C.1715-GPSU/2015	22/12/15	TP-AR-GGR-0630-16	09/03/16	Art 9° TUO CDU
		C.1727-GPSU/2015		TP-AR-GGR-3679-15	30/12/15	Art 9° TUO CDU
				TP-1543-AF-ASR-17	30/05/17	Art 9° TUO CDU
N° 00011-2017-GG-GSF/PAS	Telefonía Móvil	C.157-GFS/2017	13/05/17	TP-1513-ASR-GTR-17	30/05/17	Art 9° TUO CDU

En efecto, conforme se advierte del cuadro anterior, en el caso del Expediente N°00020-2017-GG-GFS/PAS, los hechos materia de supervisión del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, están vinculados a la conservación de los mecanismos de contratación del servicio de telefonía fija, y el periodo supervisado es de marzo de 2015 a abril de 2015; mientras que en el caso del expediente N° 00020-2017-GG-GSF/PAS (que acumuló el expediente N° 00011-2017-GG-GSF/PAS), los hechos materia de supervisión están vinculados a la conservación de los mecanismos de contratación del servicio de telefonía móvil, y el periodo supervisado corresponde al segundo semestre de 2015 en adelante.

Al respecto, cabe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, las acciones de supervisión se rigen por el Principio de Discrecionalidad, en virtud del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo son establecidos por el órgano supervisor.

Ahora bien, en el presente caso este Colegiado considera que se justifica una tramitación separada de las supervisiones efectuadas en los expedientes, atendiendo no solo a los periodos materia de supervisión, sino a los servicios a los cuales se vinculan los mecanismos de contratación, en vista que el riesgo que existe de no conservar dicho documento en el caso del servicio de telefonía móvil, ha venido generando mayores perjuicios de los que se perciben en el caso de los servicios de telefonía fija.

En este sentido, es razonable que se tramiten dos procedimientos administrativos sancionadores, por tratarse de hechos no vinculados, debiendo desestimarse la solicitud de acumulación.

V. ANÁLISIS

Con relación a los argumentos formulados por TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:

5.1. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Tipicidad, Legalidad y Seguridad Jurídica en la medida que el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso no establecía la obligación de resguardar contratos de clientes que no son abonados

TELEFÓNICA sostiene que a pesar de que la norma vigente al momento del requerimiento de información realizado, no establecía ningún plazo legal de



conservación de contratos, la primera instancia consideró que debía conservar dichos mecanismos de manera indefinida.

Argumenta que el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, se limitaba a establecer que las empresas operadoras debían conservar los mecanismos de contratación de sus abonados, sin incluir ninguna precisión adicional respecto al plazo u otra condición. De este modo, razonablemente se podía entender como exigible la obligación de guardar los contratos de abonado únicamente mientras sus clientes mantengan dicha condición, tal como expresamente establecía la normativa.

Agrega a ello que la obligación de conservar los contratos por un plazo determinado, recién entró en vigencia el 1 de octubre de 2015, con la modificación al TUO de las Condiciones de Uso, efectuada a través de la Resolución N° 056-2015-CD-OSIPTEL, por lo que no le resulta aplicable.

En su opinión, la norma vigente al momento del requerimiento efectuado por el OSIPTEL, solo estipulaba de manera genérica que las empresas operadoras debían mantenerlos sin especificar el plazo para ello, por lo que no describía los elementos objetivos del tipo infractor que debían configurarse para que el administrado incurra en una conducta sancionable. En tal sentido, no es posible realizar una interpretación extensiva o analógica para la imputación de infracciones administrativas.

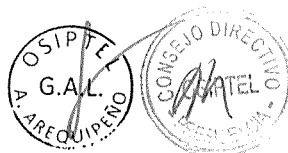
Sostiene que incluso en la Exposición de Motivos de la norma sobre la cual se sustenta la imputación, se señala que la conservación de contratos está vinculada a los que pertenezcan a clientes con la categoría de abonados, de lo cual se colige que los contratos a conservar serán de aquellas líneas que se encuentren activas, cuando expresamente se señala que el derecho de acceder al mecanismo de contratación le corresponde al abonado, es decir, aquel que tiene un vínculo contractual con la empresa operadora. Agrega a ello, que aun cuando la exposición de motivos indique algo distinto, la imputación debe efectuarse sobre la base de lo que establece expresamente la norma.

En tal sentido, considera que se ha efectuado una inadecuada calificación de los hechos constitutivos de infracción, en la medida que se pretende sancionarla por un acto u omisión que no se encontraba tipificado como infracción al momento de la comisión de las presuntas infracciones.

Al respecto, es preciso señalar que el Principio de Tipicidad obliga a la descripción expresa, detallada y clara de la conducta infractora y la indicación de la sanción específica para dicha infracción, tal como se recoge en el numeral 4 del artículo 246° del TUO de la LPAG, el cual citamos a continuación:

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa (...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.



A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda."

Tal como se advierte del citado artículo, las entidades públicas no pueden efectuar interpretaciones extensivas o analógicas de las conductas y de las sanciones señaladas en la norma, de tal manera que al calificar una infracción e imponer la sanción correspondiente, se deben ceñir a la tipificación prevista en la ley y no extender los efectos de dicha tipificación a conductas que no encajan en la descripción o aplicar sanciones que no han sido señaladas expresamente en la norma.

La finalidad de ello es que los administrados conozcan, sin ambigüedades, las conductas que están prohibidas de realizar y las sanciones a las que se someten en caso cometan una infracción. Esto genera, por un lado, que se protejan los derechos de los administrados al permitirles defenderse frente a imputaciones sobre infracciones no tipificadas o frente a la imposición de sanciones que no están contempladas en la norma. Pero también tiene un efecto regulador de la sociedad, pues a través de la tipicidad se desincentiva la realización de conductas que no son deseadas por el Estado.

Teniendo en cuenta lo señalado, corresponde analizar si la conducta que se le imputa a TELEFÓNICA configura la infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del artículo 9° de la misma norma.

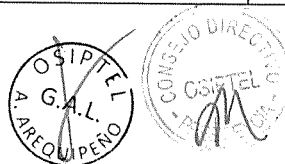
De la información obrante en el Expediente de Supervisión N° 00080-2015-GG-GFS, se advierte que mediante C.567-GFS/2015, notificada el 27 de marzo de 2015, se requirió a TELEFÓNICA los mecanismos de contratación de los planes con tecnología HFC contratados respecto a trescientas cuarenta y dos (342) líneas telefónicas, a fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículo 9° y 120° del TUO de las Condiciones de Uso.

En respuesta a dicho requerimiento, a través de la Carta TP-AF-GTR-0928-15 del 14 de abril de 2015, TELEFÓNICA informó que ha realizado una búsqueda exhaustiva en sus archivos y sistemas y que no ha sido posible ubicar los mecanismos de contratación solicitados, indicando además que procedería a regularizar los mismos y ponerlos a disposición una vez concluido el proceso.

Cabe mencionar que, con posterioridad al plazo establecido, TELEFÓNICA remitió ciento setenta y dos (172) mecanismos de contratación que corresponden a contratos originales.

No obstante, se determinó que no conservó 170 mecanismos de contratación de los planes con tecnología HFC. Dicha situación se evidencia más aun en el hecho que TELEFÓNICA haya tenido que regularizar sus contrataciones en noventa y un (91) casos, y en otros setenta y nueve casos (79), hasta la fecha no ha remitido los mecanismos de contratación originales ni regularizado tal situación.

Mecanismo	Total	Carta	Tipo de Mecanismo	Cantidad	Artículo
Regularizados	91	TP-AF-GTR-2197-16	Contratos físicos	7	9° TUO CDU
		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	



Pendiente de regularización	No se ha recibido regularización y/o contrato original (sea audio o físico)	79	
-----------------------------	---	----	--

Como consecuencia de ello, la Primera Instancia impuso la sanción de multa de cincuenta (50) UIT, al haberse configurado el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

Al respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, vigente a la fecha del requerimiento, 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.** (...).”*

(Énfasis agregado)

Sobre el particular, cabe indicar que el Consejo Directivo ya se ha pronunciado en el sentido que la obligación a la que hace referencia el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, está referida a la conservación del mecanismo de contratación de un servicio público de telecomunicaciones; la cual comprende no solo el requerimiento para contratar el servicio o la manifestación de voluntad expresada en la aceptación, sino que también abarca –al ser intrínseca- la acreditación de las características y condiciones bajo las cuales el abonado aceptó contratar.

Asimismo, que ello debe de ser analizado teniendo en cuenta que en una relación de consumo, el abonado a diferencia de la empresa operadora, quien comercializa el servicio en el mercado, desconoce las características y condiciones del servicio ofrecido por ésta. Por ello, es importante que en el contrato quede expresamente acreditada la conformidad del abonado respecto a las características y condiciones específicas del servicio que está contratando, tales como tarifas, planes, penalidades, plazos, entre otros.

Así, conforme establece el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, la empresa operadora está obligada a conservar el contrato y sus anexos, si los hubiere, pudiendo emplear para ello cualquier soporte informático que permita su almacenamiento y conservación.

Conviene señalar que en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 059-2012-CD-OSIPTEL, mediante la cual se incluyó como obligación de las empresas operadoras la conservación de los contratos, se sustenta el motivo por el que es necesario establecer dicha obligación, tal como se desprende de la siguiente cita:

“Derecho a solicitar copia de los contratos de abonado (Artículo 7°-A)

(...)

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 abonado, toda vez



que de generarse una controversia entre la empresa 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.

Por tal motivo, teniendo en cuenta que las empresas operadoras ya debían incurrir en el costo de custodia y conservación de los contratos de abonado, a fin de hacer frente a los procedimientos de reclamo y dado que no resulta razonable que los abonados puedan acceder a sus contratos sólo cuando exista un procedimiento de reclamo iniciado, se ha considerado pertinente establecer el derecho de los abonados a acceder a sus contratos, así como a obtener una copia de éste en el momento que así lo requieran.

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 operadoras 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 empresa incurre para tal efecto.

(...)"

(Énfasis agregado)

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.

En tal sentido, respecto a lo argumentado por TELEFÓNICA, en el sentido que las empresas operadoras estaban en la obligación de conservar únicamente los contratos de abonados de las personas naturales o jurídicas que aun mantenían dicha condición de abonado, pero no los contratos de los casos en los que se haya dado de baja, 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 esto no se agota ante la pérdida de condición de abonado, en la medida que pueden seguir presentándose circunstancias que hagan necesario contar con dicha documentación.

Teniendo en cuenta lo señalado, la empresa operadora tenía la obligación de conservar el contrato durante el periodo que le permita exhibirlo ante posibles eventualidades, situación que no se agota ante la condición de baja del servicio.

Así, 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 obligación de conservar preexistía a la fecha del requerimiento efectuado por la GFS.

En ese sentido, la conducta imputada a TELEFÓNICA respecto a no conservar los mecanismos de contratación efectuados, vinculada a la obligación establecida en el artículo 9° del TUE de las Condiciones de Uso, se encuentra tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 de la misma norma.



Cabe indicar además que, aun en el supuesto negado de amparar el argumento de TELEFÓNICA en el sentido que, la obligación de conservar los contratos de abonados estaba referida a los casos en los que se mantenga la condición de abonado, corresponde advertir que solo en ocho (8) de los ciento setenta (170) casos que sustentan la imputación, la baja se habría producido antes del requerimiento efectuado a través de la carta C.567-GFS/2015, notificada el 27 de marzo de 2015. Por lo tanto, no se desvirtúa la responsabilidad por el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

5.2. Sobre la exigencia de custodiar contratos de abonados

TELEFÓNICA sostiene que si bien el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso establece la obligación de conservar los contratos de abonados, esta podrá realizarse cuando existan tales contratos que conservar. En tal sentido, considera que en aquellos casos en los cuales los usuarios indicaron no mantener una relación contractual con la empresa, lo cual generó inclusive las bajas del servicio y ajustes de los importes facturados, no correspondía imputarles el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso al no existir relación contractual.

Agrega a ello que la administración no puede pretender exigirle algo física y jurídicamente imposible, porque ello contraviene el requisito de validez del acto administrativo, referido al objeto o contenido, establecido en los artículos 3° y 5° del TUO de la LPAG. Por lo tanto, la conservación de mecanismos de contratación de servicios cuya titularidad ha sido desconocida, supone una obligación cuya ejecución es materialmente imposible.

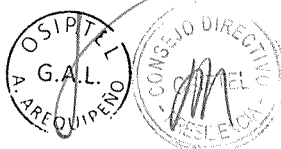
Asimismo, manifiesta que el artículo 121-A del TUO de las CDU, ha reconocido que sí se puede brindar el servicio sin que exista un contrato de por medio, indicando que se debe proceder a la baja del servicio en el plazo de dos (2) días de advertida la ausencia de contrato o tras el pronunciamiento de las instancias competentes del OSIPTEL. Siendo así, la emisión de recibos no implica necesariamente la existencia de un contrato, y es justamente por ello que efectuado el cuestionamiento de titularidad se procedió conforme a ley.

Al respecto, cabe mencionar que en el caso de las líneas 73213693, 5591201 y 4575930, se verificó que TELEFÓNICA prestaba el servicio de telefonía a los abonados de dichas líneas y que inclusive emitió recibos por la prestación de dicho servicio; resultando evidente la existencia de un vínculo contractual de las líneas materia de ampliación del PAS.

Por lo tanto, habiéndose verificado que hubo prestación de los servicios 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 Condiciones de Uso, conserve el mecanismo de contratación correspondiente.

5.3. Supuesta vulneración de los Principios de Tipicidad, Predictibilidad y de Confianza Legítima por la imputación del incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso.

TELEFÓNICA sostiene que para incurrir en el incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso se requiere los siguientes supuestos: i) que exista la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117° de la misma norma (mecanismos de contratación); ii) que exista



un requerimiento a la empresa por parte del OSIPTEL o del abonado, y; iii) que la empresa no suministre la información requerida.

En tal sentido, considera que se ha vulnerado el Principio de Tipicidad en la medida que el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso no contempla el suministro de los mecanismos de contratación fuera de plazo.

En su opinión, si bien el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso establece que los mecanismos de contratación deben ser entregados cuando sean requeridos, esto no puede ser interpretado como entrega dentro del plazo, toda vez que ello supone efectuar una interpretación extensiva que se encuentra proscrita en materia sancionadora, en la medida que se agrava la situación del administrado, no existiendo certeza del contenido de la obligación impuesta.

Agrega a ello que, la interpretación efectuada por la primera instancia por la cual considera como infracción administrativa la presunta remisión tardía de los mecanismos de contratación, deja de lado el esfuerzo realizado por su representada para remitir los mecanismos de contratación en la etapa supervisora. Considera que las interpretaciones de las normas deben realizarse de la manera más razonable y que resulte menos lesiva a los intereses de los administrados en virtud del Principio Constitucional Pro Homine.

Tal como se ha mencionado, en virtud del Principio de Tipicidad las entidades públicas no pueden efectuar interpretaciones extensivas o analógicas de las conductas y de las sanciones señaladas en la norma, de tal manera que al calificar una infracción e imponer la sanción correspondiente, se deben ceñir a la tipificación prevista en la ley y no extender los efectos de dicha tipificación a conductas que no encajan en la descripción o aplicar sanciones que no han sido señaladas expresamente en la norma.

Ahora bien, en el presente PAS, se verifica que se le imputa a TELEFÓNICA haber incurrido en la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con el artículo 120° de la misma norma, que establece lo siguiente:

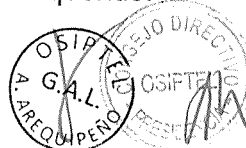
“Artículo 120.- Carga de la prueba

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 al OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117.”

De la lectura de citado dispositivo se advierte con claridad el establecimiento de una obligación a efectos de garantizar que las empresas operadoras proporcionen información sobre el uso de los mecanismos de contratación vinculados a, entre otros, la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, para lo cual se prevé:

- ¿Qué obligación debe cumplir las empresas operadoras?: Suministrar la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117° (mecanismo de contratación).
- ¿Cuándo debe cumplirla?: Cuando le sea requerido.



Siendo así, incurrir en el supuesto de hecho infractor previsto en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, asociado al incumplimiento del artículo 120° de la misma norma, presupone:

- i. La existencia de un requerimiento por parte del abonado o del OSIPTEL
- ii. Que la empresa operadora no suministre la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117° (mecanismo de contratación) **cuando** le haya sido requerido.

De esta manera se verifica que no existe vulneración al Principio de Tipicidad toda vez que el mandato normativo contenido en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso resulta claro: las empresas operadoras deben suministrar los mecanismos de contratación **cuando** sea requerido por el abonado o el OSIPTEL.

Cabe precisar, que si bien la norma no establece el plazo para el cumplimiento de la entrega de la información, esta sí se remite a la oportunidad de la entrega al señalar que debe proporcionarse **cuando le sea requerido**, es decir, que corresponde entregarla en el plazo establecido en el requerimiento efectuado por el OSIPTEL, acorde a lo establecido en el artículo 13° de la LDFF del OSIPTEL y el artículo 140° y siguientes del TUO de la LPAG.

En este sentido, resulta correcto atribuir responsabilidad a TELEFÓNICA por el incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, en aquellos casos en los que no remitió mecanismos de contratación, cuando le fue solicitado por el OSIPTEL, es decir, fuera de los plazos establecidos conforme a ley.

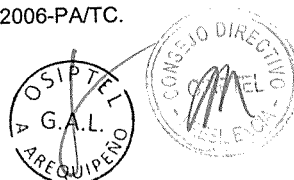
Adicionalmente, se precisa que tampoco existe contravención al Principio de Legalidad en materia sancionatoria, toda vez que la tipificación como infracción del incumplimiento de entregar los mecanismos de contratación, cumple con las exigencias previstas por el Tribunal Constitucional³, estas son: i) que exista una ley escrita; ii) que dicha ley sea anterior al hecho sancionado; y, iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado.

En efecto, en este caso, se puede advertir lo siguiente: (i) existe una ley escrita (el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, que establece la obligación de entregar los mecanismos de contratación cuando sea requerido por el OSIPTEL; (ii) esta norma estaba vigente a la fecha de la comisión de los actos investigados (requerimientos efectuados por el OSIPTEL) y (iii) la norma describe un supuesto de hecho determinado (ante el incumplimiento de entregar los mecanismos de contratación en la oportunidad que le fueron requeridos por el OSIPTEL, se configura una infracción leve sancionable con multa entre 0.5 a 50 UIT).

En virtud a lo expuesto, el tipo legal contenido en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso no resulta genérico, pues satisface los requisitos que ordenan los Principios de Tipicidad y Legalidad. Adicionalmente, la tipificación consagrada en el TUO de las Condiciones de Uso es acorde con la intención del regulador de obtener la información sobre los mecanismos de contratación de manera oportuna.

5.4. Sobre la supuesta subsanación voluntaria del incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, al haber remitido las regularizaciones de las contrataciones.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 8957-2006-PA/TC.



TELEFÓNICA cuestiona que la primera instancia no consideró que se produjo la subsanación de la conducta infractora por el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, bajo el argumento de que las convalidaciones de las contrataciones no acreditan la conservación de los mecanismos de contratación.

Para TELEFÓNICA, con dicha interpretación se pierde de vista el hecho que los mecanismos de contratación son custodiados a efectos de confirmar la aceptación del cliente respecto al servicio y plan contratado por el mismo, así como la validación de la información de los abonados, según lo contemplado en los artículos 177° y 118° del TUO de las Condiciones de Uso.

TELEFÓNICA argumenta que al imponer mayores requisitos o limitar el acceso a la figura de la subsanación voluntaria, prevista en el artículo 255° del TUO de la LPAG, se desnaturaliza su finalidad como eximente de responsabilidad. Alega que el hecho que se le exijan requisitos que no pueden ser cumplidos para acceder a dicho eximente, dada su imposibilidad material, pone a los administrados en una situación de indefensión evidente.

Por otro lado, manifiesta que al haber reconocido la no ubicación de los mecanismos de contratación no resulta adecuado que se les solicite el envío de dichos contratos como único medio de subsanación, dado que esta situación supondría un estado de indefensión.

Considera que al remitir la convalidación del acuerdo contemplado en el mecanismo de contratación, se subsana la no conservación del mismo. Agrega a ello que las convalidaciones remitidas se encuentran referidas al acuerdo establecido por las partes para la contratación del servicio, con lo cual resultaría acreditado el acuerdo. Así, alega que siguiendo la lógica establecida en el artículo 225 del Código Civil no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo, toda vez que puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.

Sobre el particular, el artículo 255° del TUO de la LPAG, establece como causal eximente de responsabilidad, la subsanación voluntaria del posible sancionado, del acto u omisión constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad al inicio del PAS, conforme se advierte a continuación:

“Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.

(...)”

De la lectura del citado dispositivo se advierte que, para eximir de responsabilidad por la comisión de una infracción, deben configurarse, de forma concurrente, los siguientes supuestos: i) subsanación del acto u omisión constitutivo de infracción; ii) voluntariedad de la subsanación, y; iii) subsanación antes de la notificación de la imputación de cargos.



A continuación se evaluará si en el presente caso, se han configurado los tres supuestos antes mencionados para aplicar el eximente de responsabilidad previsto en el literal f) del artículo 255° del TUO de la LPAG.

i. Subsanación del acto u omisión constitutivo de infracción:

Al respecto, el Consejo Directivo⁴ se ha pronunciado en el sentido que la subsanación no debe ser entendida únicamente como una adecuación de la conducta a lo establecido en la norma, sino también a la corrección de los efectos derivados de la conducta infractora.

Cabe anotar que en el presente caso se le imputa a TELEFÓNICA la infracción por no cumplir con el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, al no haber conservado los mecanismos de contratación de sus abonados. Ahora bien, hay que resaltar que la conservación del mecanismo de contratación no solo se exige e efectos de confirmar la aceptación del cliente respecto al servicio y plan contratado por el mismo, o la validación de la información de los abonados, sino también el tener certeza de las condiciones y características del servicio y plan tarifario, que le serán aplicables en virtud a las condiciones previstas en su contrato.

En tal sentido, a pesar que con posterioridad se recabe la aceptación de los abonados respecto a la contratación del servicio, no quedará la certeza de cuáles fueron las condiciones bajo las cuales se suscribieron, motivo por el cual no es pasible de subsanación.

Es importante mencionar que no se trata de establecer requisitos adicionales a los previstos en el artículo 255° del TUO de la LPAG, para la aplicación de la causal eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, sino verificar que, en efecto, estos requisitos se configuren.

Así, atendiendo a las particularidades de cada caso, se advertirá que en todos los casos no procederá aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, debido a que habrá situaciones en las que no sea factible subsanar los efectos de la conducta infractora, lo cual no implica exigir imposibles materiales, sino únicamente la exigencia de los supuestos de hecho previstos en la norma.

Adicionalmente, aún en el supuesto negado que se considere que las regularizaciones de las contrataciones implicaban una subsanación de la conducta infractora, dicha subsanación no se dio con relación a todos los hechos materia de imputación sino únicamente respecto a noventa y un (91) líneas de las ciento setenta (170) líneas en las que se identificó que no conservó los mecanismos de contratación.

ii. Subsanación antes de la notificación de cargos:

Cabe tener en consideración que el presente PAS, la notificación de carta de imputación de cargos (Carta C.00755-GFS/2017), se efectuó el 7 de abril de 2017.

⁴ En las Resoluciones N° 005-2017-CD/OSIPTEL, 085-2017-CD/OSIPTEL.



En tal sentido, aún en el supuesto negado que se considere que las regularizaciones de las contrataciones implicaban una subsanación de la conducta infractora, dicha subsanación no se ha dado respecto a setenta y nueve (79) casos hasta la fecha; por lo tanto, tampoco se ha configurado el segundo supuesto contemplado en la norma para la aplicación de la causal eximente de responsabilidad.

iii. Voluntariedad de la subsanación:

Tal como se ha mencionado, al no haberse dado la subsanación de la conducta, no importa analizar este supuesto de voluntariedad.

En virtud a lo expuesto, no se han configurado los supuestos contemplados en el literal f) del artículo 255° del TUO de la LPAG, para exonerar de responsabilidad a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción vinculada al incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

5.5. Respecto a supuesta falta de pronunciamiento sobre los argumentos expuestos en su recurso de reconsideración.

TELEFÓNICA considera que la resolución impugnada no se encuentra debidamente motivada al no haberse tomado en cuenta todos sus argumentos de defensa planteados en su recurso de reconsideración, al considerar que correspondían ser evaluados en el recurso de apelación.

Sostiene que la primera instancia valoró únicamente aquellos alegatos que estuvieron sustentados en nuevas pruebas. No obstante, para TELEFÓNICA dicha fundamentación es incorrecta e incompleta en la medida que la primera instancia debió interpretar sistemáticamente las disposiciones del TUO de la LPAG, que regulan el recurso de reconsideración y el deber de debida motivación.

Asimismo, argumenta que si bien el artículo 217° del TUO de la LPAG, exige la presentación de nueva prueba, ello no implica que se deba discriminar entre los alegatos respaldados por nuevas pruebas de los que no tienen tal correlato. En su opinión, correspondía aplicar el artículo 5°, inciso 4 del TUO de la LPAG, que señala que el contenido de los actos administrativos debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados.

Agrega a ello que, la primera instancia no evaluó lo señalado en la sentencia del Expediente N° 5539-2014, de la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo – que establece que no debe realizarse un razonamiento mecánico de la aplicación de las normas -, que pese a que fue presentada como nueva prueba en el recurso de reconsideración; en tal sentido, solicita ello sea evaluado por el Consejo Directivo.

Ahora bien, con relación al primer argumento, cabe precisar que, dada la naturaleza del Recurso de Reconsideración, no corresponde que la misma autoridad se pronuncie sobre las cuestiones de puro derecho planteadas por los administrados ni sobre cuestiones que no se encuentren vinculadas con la presentación de la nueva prueba.

En efecto, el artículo 217° del TUO de la LPAG establece lo siguiente:



“Artículo 217.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.”

De la lectura del citado dispositivo se advierte que, a diferencia de lo manifestado por TELEFÓNICA, a través del Recurso de Reconsideración los administrados únicamente pueden aportar pruebas a efecto que la administración tenga en consideración un hecho no evaluado, que genere el cambio del criterio ya adoptado.

En este sentido, es correcto que la Gerencia General no se haya pronunciado respecto a todos los fundamentos de derecho vertidos en el recurso de reconsideración, sino únicamente respecto a aquellos vinculados con la nueva prueba ofrecida, sin que ello signifique que ha efectuado un razonamiento mecánico de la norma, que contradiga en modo alguno lo señalado en la sentencia del Expediente N° 5539-2014, de la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo.

De lo expuesto, se concluye que la Gerencia General cumplió debidamente con evaluar, dentro de sus competencias y facultades los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en su Recurso de Reconsideración, sin vulnerar el Principio de Debido Procedimiento.

5.6. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad

TELEFÓNICA sostiene que se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad en la medida que la primera instancia que no ha graduado debidamente la multa y no ha acreditado objetivamente sus afirmaciones, ni fundamentado los criterios en función a los cuales adopta el cálculo de la multa. Dicha afirmación la sustenta en:

- i. Con relación al beneficio ilícito, sostiene la primera instancia alega que se evitaron costos para dar cumplimiento a sus obligaciones, sin embargo considera que dicha afirmación no se encuentra sustentada en datos objetivos, constituyendo una motivación insuficiente que vulnera el Principio del Debido Procedimiento.
- ii. No es correcto que la primera instancia haya asignado una probabilidad de detección baja, asociada al número de veces en que se fue factible detectar la conducta infractora, en la medida que el hecho que la GFS haya decidido supervisar únicamente cuatro (4) meses y el once por ciento (11.1%) del universo de las contrataciones de telefonía fija, fue una elección del regulador que no tendría que repercutir en la situación en la que se encuentra el administrado.
- iii. Sobre la gravedad del daño al interés público, sostiene que la primera instancia se limita a describir la conducta sin que exista un sustento, ni relación lógica que la lleve a determinar que se ha ocasionado un perjuicio.
- iv. Respecto a la magnitud del daño causado, la primera instancia señaló la falta de conservación y la entrega extemporánea de los mecanismos de contratación, y puede verse vulnerado el derecho de defensa de los usuarios o la ejecución oportuna del mismo, en los procesos judiciales o investigaciones en las que se vieran inmersos. Al respecto, manifiesta que dicho sustento es



general y no está referido a aspectos que hayan sido verificados en el caso en concreto.

- v. Sobre las circunstancias de la comisión de la infracción, señala que la primera instancia indicó que no actuó con diligencia para dar cumplimiento a su obligación, ello a pesar de que han 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.

Adicionalmente, sostiene que durante el año 2016, realizó el cambio de proveedor de custodia de documentos físicos, estableciéndose: i) un cronograma de recojo de documentos en tiendas y puntos de atención a nivel nacional; ii) un proceso de actualización y diferenciación de áreas y tipos documentales para la custodia, para una mejor organización y ubicación de los documentos cuando sean requeridos; iii) estandarización y homologación de campos a llenar para la custodia; iv) feedback a las tiendas sobre el cumplimiento del cronograma y mejoras que puedan realizar en la organización de la documentación; v) establecimiento de penalidades para los que no realicen el envío de los mecanismos de contratación al proveedor de la custodia.

Agrega a ello que con relación a los documentos que se encuentran en formato digital, han implementado un nuevo repositorio para su custodia en febrero de 2016. Adicionalmente, menciona que para tener la trazabilidad y control de la custodia, están evaluando la posibilidad de generar una herramienta de control para identificar a los encargados de los distintos canales.

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

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

En virtud a ello, a efectos de determinar si se afectó el Principio de Razonabilidad - asociado al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto -, corresponde analizar si la sanción administrativa, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, ha sido impuesta considerando en los criterios de graduación establecidos en el artículo 246° del TUO de la LPAG.

Contrario a lo indicado por TELEFÓNICA, de la resolución impugnada se aprecia que la primera instancia, al momento de determinar las sanciones de multa a imponer, sí evaluó y consideró todos los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG.



Ahora bien, se advierte que ante la comisión de una infracción leve, acorde con lo establecido en el artículo 25° de la LDFF corresponde imponer una multa de entre cero punto cinco (0.5) y cincuenta (50) UIT.

Se advierte que la primera instancia, por el incumplimiento del artículo 9° y 120° del TUO de las Condiciones de Uso, estableció el monto de las multas en los límites previstos, este es, cincuenta (50) UIT y nueve (9) UIT, respectivamente, tendiendo en consideración los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG.

Así, con relación al argumento i), cabe señalar que conforme lo ha indicado la primera instancia, el criterio del beneficio ilícito obtenido 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 no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

Caso contrario, se crearía un desincentivo al cumplimiento de las empresas operadoras que sí invierten en el cumplimiento de la normativa, al advertir que los infractores no son sancionados considerando aquellas conductas – e inversiones –, que debieron efectuar para dar cumplimiento a la norma.

Por lo tanto, en el presente caso el beneficio ilícito está asociado al costo evitado por TELEFÓNICA para dar cumplimiento a sus obligaciones, referido a conservar los mecanismos de contratación y remitirlos en la oportunidad requerida por el OSIPTEL, lo cual implicaba que tenga un proceso de custodia de los mecanismos de contratación (audios y documentos físicos), así como la contratación de personal adecuado y/o de servicios de almacenamiento e identificación de archivos, para atender los requerimientos de manera oportuna.

Sobre el argumento ii), este Colegiado coincide con la primera instancia en el sentido que la probabilidad de detección es baja para la detección del incumplimiento del artículo 9° de las Condiciones de Uso. En efecto, dada la cantidad de contrataciones efectuadas por la empresa operadora, corresponde efectuar muestras para supervisar el cumplimiento de dicha obligación, toda vez que no es posible verificar el 100% de las contrataciones.

Sin perjuicio de ello, en el caso del incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, este Colegiado ya se ha pronunciado en el sentido que la probabilidad de detección es alta, teniendo en cuenta que con el término del plazo otorgado para la remisión de la información, ya se detecta dicho incumplimiento.

Con relación a los argumentos iii) y iv), tal como ha manifestado la primera instancia, la no conservación y la falta de entrega o la entrega extemporánea de los mecanismos de contratación, vulnera el derecho de defensa de los usuarios o la ejecución oportuna del mismo, en procesos judiciales o investigaciones relacionados a denuncias incoadas en su contra, en los cuales se vieron inmersos por la comisión de delitos a través de la utilización de líneas telefónicas cuyas contrataciones desconocían.



Asimismo, respecto al argumento v), cabe indicar que esto será analizado al aplicar los atenuantes de responsabilidad establecidos en el artículo 18° del RFIS.

Por lo tanto, dado el nivel de incumplimiento así como las consecuencias que se derivan de la infracción, es razonable y proporcional que **la primera instancia haya impuesto la multa base de cincuenta (50) UIT, por el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.**

En lo que respecta a la multa impuesta por el incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, en aplicación del Principio de Razonabilidad, corresponde reducir la multa base de nueve (9) a seis (6) UIT.

Adicionalmente se advierte que la primera instancia aplicó el artículo 18° del RFIS⁶, que prevé como factores atenuantes de responsabilidad, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad 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.

En efecto, respecto del incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, redujo la sanción hasta en un 45%, al considerar que TELEFÓNICA había cesado la conducta y, atendiendo las particularidades del caso, no se había apreciado que la conducta tenga efectos que revertir. Por lo tanto, la multa de nueve (9) UIT, se redujo a cuatro (4) UIT.

No obstante, con relación al incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, no correspondía la aplicación del atenuante vinculado al cese de la conducta infractora, toda vez que no ha acreditado la conservación de todos los mecanismos de contratación ni la reversión de los efectos derivados de la conducta, en virtud a lo argumentado en el numeral 5.4 de la presente resolución.

Sin perjuicio de ello, se advierte que TELEFÓNICA ha implementado medidas que aseguran la no repetición de las conductas infractoras. Así, mediante el escrito de apelación sostiene que en el año 2016 implementó un nuevo repositorio para su custodia, asimismo, en el año 2017 implementó un nuevo proceso de custodia así como envío y recojo de documentación vinculada a los mecanismos de contratación que se generen en sus tiendas. Por lo tanto, corresponde reducir cada sanción de multa base en un cinco por ciento (5%).

En este sentido, corresponde modificar las sanciones de multa conforme al siguiente detalle:

Infracción	Multa Base	Multa Impuesta	Modificación
Incumplimiento del Art. 9° del TUO de las CDU	50 UIT	50 UIT	47.5 UIT
Incumplimiento del Art. 120° del TUO de las CDU	9 UIT /6 UIT	4 UIT	3 UIT

6 "Artículo 18°.- Graduación de las Sanciones y Beneficios por Pronto Pago.

i) Son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de 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.

Los factores mencionados se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(...)"



En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 655.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Desestimar la solicitud de acumulación de los procedimientos administrativos sancionadores tramitados con los Expedientes N° 020-2017-GG-GFS/PAS y N° 020-2017-GG-GSF/PAS; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución

Artículo 2.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, contra la Resolución N° 223-2017-GG/OSIPTEL, que declaró infundado el recurso de reconsideración contra la Resolución N° 157-2017-GG/OSIPTEL; y en consecuencia:

- i. MODIFICAR la sanción de multa de cincuenta (50) UIT a cuarenta y siete punto cinco (47.5) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 9° de la misma norma, dado que no conservó ciento setenta (170) mecanismos de contratación; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.
- ii. MODIFICAR la sanción de multa de cuatro (4) UIT a tres (3) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 120° de la misma norma, dado que no remitió, cuando le fue requerido por OSIPTEL, ciento setenta y dos (172) mecanismos de contratación; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3.- La presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 4.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para: i) notificar la presente Resolución a la empresa apelante; ii) Publicar la presente resolución en la página web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe, conjuntamente con las Resoluciones N° 00157-2017-GG/OSIPTEL y N° 00223-2017-GG/OSIPTEL, y; iii) Poner en conocimiento de la presente resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos

Regístrese y comuníquese.



RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

