



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 161-2017-CD/OSIPTEL

Lima, 21 de diciembre de 2017

EXPEDIENTE N°	:	00020-2017-GG-GSF/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00249-2017-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° 00249-2017-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de cincuenta (50) 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 9° de la misma norma, dado que no conservó doscientos veintiocho (228) mecanismos de contratación.
- (ii) El Informe N° 00293-GAL/2017 del 15 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° 00159-2016-GG-GFS y N° 00020-2017-GG-GSF/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Expediente N° 00020-2017-GG-GFS/PAS

- 1. Mediante Carta C.00587-GFS/2017, de fecha 26 de julio de 2017, notificada el 31 de julio de 2017, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización² (en adelante, GSF) comunicó a TELEFONICA 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 229 líneas de telefonía móvil.	Art. 9° TUO CDU	Art. 2. Anex. 5 TUO CDU	Leve
No remitió en el plazo requerido por el OSIPTEL los mecanismos de contratación de 585 líneas móviles.	Art. 120° TUO CDU	Art. 2. Anex. 5 TUO CDU	Leve

- 2. A través de la comunicación TP-2370-AG-GGR-17, del 4 de agosto de 2017, TELEFÓNICA solicitó la acumulación de los procedimientos administrativos

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

² A través del Decreto Supremo N° 045-2017-PCM se modificó el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, variándose el nombre de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.



tramitados con los expedientes N° 00011-2017-GG-GFS/PAS y 00020-2017-GG-GSF/PAS.

3. Mediante la carta C.00664-GSF/2017 del 11 de agosto de 2017, la GSF corrigió los errores materiales contenidos en la carta C.00587-GSF/2017, a través de la cual se inició el PAS. En tal sentido, se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles adicionales para remitir sus descargos.
4. A través de la comunicación TP-2343-AR-GGR-17 del 14 de agosto de 2017, TELEFÓNICA solicitó se amplíe por quince (15) días hábiles, el plazo para remitir sus descargos. Dicha solicitud fue atendida mediante la carta C.00682-GSF/2017, notificada el 17 de agosto de 2017, otorgándole la ampliación del plazo solicitado, el mismo que venció el 12 de setiembre de 2017.

Expediente N° 00011-2017-GG-GFS/PAS

5. Mediante Carta C.00353-GFS/2017, de fecha 20 de junio de 2017, notificada el 21 de junio de 2017, la GSF comunicó a TELEFONICA el inicio de un PAS, toda vez que habría incurrido en las siguientes infracciones:

Conducta	Obligación	Tipificación	Infracción
No conservar los mecanismos de contratación correspondientes 83 líneas telefónicas donde conste la aceptación a la migración de planes tarifarios.	Art. 9° TUO CDU	Art. 2. Anex. 5 TUO CDU	Leve
No consta la aceptación del abonado a la migración de planes postpago a prepago en 6 casos, y en 168 mecanismos no cumplió con validar los datos que acrediten la identidad del abonado.	Art. 118° TUO CDU	Art. 2. Anex. 5 TUO CDU	Leve

6. A través de la Resolución N° 00112-2017-GSF/OSIPTEL del 21 de agosto de 2017, se dispuso la acumulación de los expedientes N° 00011-2017-GG-GSF/PAS y N° 00020-2017-GG-GSF/PAS, sólo en el extremo referido a la imputación de la comisión de la infracción por el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.
7. Con escrito N° TP-2879-AR-GGR-17, del 19 de setiembre de 2017, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
8. A través del Informe N° 00170-GFS/2017, emitido el 4 de octubre de 2017, la GSF concluyó y recomendó que TELEFÓNICA sea sancionada por incurrir en la conducta tipificada en el artículo 2° del anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido la siguiente obligación:

Conducta	Obligación	Infracción
No conservar los mecanismos de contratación correspondientes a 228 mecanismos de contratación correspondiente a líneas móviles.	Art. 9° TUO CDU	Leve

Asimismo, recomendó dar por concluido el PAS por:

- (i) El supuesto incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, en el extremo referido a nueve (9) líneas telefónicas: 984626726, 984659388, 984900507, 984007011, 945188461, 968381354, 957447403, 952925908 y 995827189.
- (ii) El PAS por el supuesto incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso.



9. Mediante la carta C.01096-GG/2017, notificada el 5 de octubre de 2017, se remitió a TELEFÓNICA el Informe N° 00170-GFS/2017, a fin de que remita los descargos que considere convenientes.
10. Con fecha 16 de octubre de 2017, TELEFÓNICA remitió sus descargos.
11. A través Resolución N° 00249-2017-GG/OSIPTEL, del 9 de noviembre de 2017, notificada el 10 de noviembre de 2017, la Gerencia General impuso a TELEFÓNICA una multa de cincuenta (50) UIT, por el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, por no conservar doscientos veintiocho (228) mecanismos de contratación.

Asimismo, se dio por concluido el PAS en el extremo correspondiente a: i) la infracción leve por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, respecto a nueve (9) líneas telefónicas: 984626726, 984659388, 984900507, 984007011, 945188461, 968381354, 957447403, 952925908 y 995827189, y; ii) la infracción leve por el incumplimiento del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso.

12. Con fecha 15 de noviembre de 2017, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00249-2017-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.

13. Asimismo, 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, vinculados a la supuesta infracción por el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.
14. 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-3459-AR-GGR-17 (Anexo 5 del Recurso de Apelación), vinculada al proceso para el recojo y custodia de la documentación.
15. Mediante la Resolución N° 146-2017-CD/OSIPTEL, del 07 de diciembre de 2017, se desestimó 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.
16. A través del Informe N° 289-GAL/2017, del 13 de diciembre de 2017, el Gerente de Asesoría Legal Luis Alberto Arequipeno Tamara se abstuvo en el procedimiento recursivo de apelación al encontrarse inmerso en la causal de abstención prevista en el numeral 2 del artículo 97° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ (en adelante, TUO de la LPAG), al haber firmado la Resolución N° 249-2017-GG/OSIPTEL, en calidad de Gerente General encargado.

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



17. Mediante el Memorando N° 204-PD/2017, del 14 de noviembre de 2017, se designó a la suscrita, Rocío Andrea Obregón Ángeles, Abogado Coordinador (e) de la Gerencia de Asesoría Legal, para que se encargue de asesorar legalmente al Consejo Directivo en el procedimiento recursivo de apelación.

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/OSIPTTEL (en adelante, RFIS), y los artículos 216° y 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁵ (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 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. La Primera Instancia no se pronunció sobre los argumentos esgrimidos.
- 3.4. Se vulneró el Principio de Razonabilidad al momento de determinar las sanciones de multa.

IV. ANÁLISIS

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

- 4.1. 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**

TELEFONICA argumenta que el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, vigente a la fecha de los requerimientos, 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, en su opinión, únicamente se podía exigir la obligación de guardar los contratos de abonado 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-

⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.



2015-CD-OSIPTEL; por lo que, no le resulta aplicable en la medida que se trataría de una aplicación retroactiva de la norma.

En su opinión, la norma vigente al momento del requerimiento efectuado por el OSIPTEL, no describía los elementos objetivos del tipo infractor que debían configurarse para que el administrado incurra en una conducta sancionable con relación a la conservación de los contratos de aquellos que ya no eran abonados. En tal sentido, considera que no puede realizarse 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.

Sobre el particular, cabe resaltar 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.”

En efecto, del citado artículo se desprende que los órganos resolutivos 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° 00159-2016-GG-GFS, se advierte la existencia de diversos requerimientos efectuados a TELEFÓNICA respecto a distintos mecanismos de contratación de líneas telefónicas móviles, a fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso. A continuación se detallan los requerimientos efectuados:

Carta de Requerimiento	Fecha de Requerimiento	Rpta EO	Fecha de Rpta EO	Incumplimiento
2280-GPSU/2016	03/01/2017	TP-0084-AR-GGR-17	09/01/2017	Art 9° TUO CDU
C. 160-GSF/2017	19/05/2017	TP-1543-AF-ASR-17	30/05/2017	Art 9° TUO CDU
C. 715-GFS/2017	04/04/2017	TP-1543-AF-ASR-17	30/05/2017	Art 9° TUO CDU
C.00347-GPSU/2016	05/04/2016	TP-AR-GGR-0851-16	12/04/2016	Art 9° TUO CDU
C.00383-GPSU/2016	12/04/2016	TP-AR-GGR-1054-16	29/04/2016	Art 9° TUO CDU
C.00706-GPSU/2016	31/05/2016	TP-AR-GGR-1501-16	22/06/2016	Art 9° TUO CDU
C.01070-GFS/2016	18/05/2016	TP-AF-GTR-1368-16	08/06/2016	Art 9° TUO CDU
		TP-AF-GTR-1455-16	14/06/2016	
C.01224-GFS/2016	14/06/2016	TP-AF-GTR-1561-16	30/06/2016	Art 9° TUO CDU
C.01635-GFS/2016	22/08/2016	TP-AR-GGR-2143-16	06/09/2016	Art 9° TUO CDU
C.01656-GPSU/2015	09/12/2015	TP-AR-GGR-3688-15	04/01/2016	Art 9° TUO CDU
C.1073-GPSU/2015	11/08/2015	TP-AR-GGR-2135-15	18/08/2015	Art 9° TUO CDU
C.1118-GPSU/2015	20/08/2015	TP-AR-GGR-2198-15	25/08/2015	Art 9° TUO CDU
C.1240-GPSU/2015	14/09/2015	TP-AR-GGR-2577-15	23/09/2015	Art 9° TUO CDU
C.1464-GPSU/2015	05/11/2015	TP-AR-GGR-3113-15	12/11/2015	Art 9° TUO CDU
C.1603-GPSU/2015	26/11/2015	TP-AR-GGR-3375-15	07/12/2015	Art 9° TUO CDU
C.1604-GPSU/2015	26/11/2015	TP-AR-GGR-3475-15	15/12/2015	Art 9° TUO CDU
C.1642-GPSU/2015	04/12/2015	TP-AR-GGR-3660-15	29/12/2015	Art 9° TUO CDU
C.1651-GPSU/2015	09/12/2015	TP-AR-GGR-3497-15	16/12/2015	Art 9° TUO CDU
C.1652-GPSU/2015	09/12/2015	TP-AR-GGR-3496-15	16/12/2015	Art 9° TUO CDU
C.1698-GPSU/2015	15/12/2015	TP-AR-GGR-3586-15	22/12/2015	Art 9° TUO CDU
C.1715-GPSU/2015	22/12/2015	TP-AR-GGR-0630-16	09/03/2016	Art 9° TUO CDU
C.1727-GPSU/2015		TP-AR-GGR-3679-15	30/12/2015	Art 9° TUO CDU
C. 715-GFS/2017	04/04/2017	TP-1543-AF-ASR-17	30/05/2017	Art 9° TUO CDU
C.157-GFS/2017	13/05/2017	TP-1513-ASR-GTR-17	30/05/2017	Art 9° TUO CDU

En respuesta a dichos requerimientos, a través de las cartas detalladas en el cuadro, TELEFÓNICA informó que ha realizado una búsqueda exhaustiva en sus archivos y sistemas, y que no ha sido posible ubicar doscientos veintiocho (228) mecanismos de contratación de las líneas solicitadas.

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, 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-OSIPTTEL, 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 requerían.



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, 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, motivo por el cual persiste dicha obligación.

Así, la precisión al plazo de diez (10) años para la conservación de los contratos que estableció 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 de los requerimientos efectuados por la GSF.

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

Por lo tanto, no se desvirtúa la responsabilidad por el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

4.2. 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, 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 12°-A del TUO de las Condiciones de Uso, 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, tal como lo señaló la Primera Instancia el TUO de las Condiciones de Uso no admiten que un servicio público se preste sin consentimiento de su titular. En efecto, 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.

Esto no significa que no exista un mecanismo de contratación, sino que no necesariamente haya sido suscrito con la persona que figura como titular de la línea; por lo que debe existir algún documento en el cual se sustente la contratación de la línea, sea que ésta haya sido realizada de manera fraudulenta o no. Justamente, la conservación del mecanismo de contratación permite dilucidar también si es que, en efecto, la persona que figura como titular de la línea es la persona que suscribió o no el contrato de abonado.

Por lo tanto, TELEFÓNICA estaba obligada al cumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, debiendo conservar el mecanismo de contratación correspondiente, al no tratarse de una obligación imposible de ser cumplida.

4.3. Respecto a supuesta falta de pronunciamiento sobre los argumentos esgrimidos.

TELEFÓNICA considera que la resolución impugnada no se encuentra debidamente motivada al no haberse tomado en cuenta todos sus argumentos de defensa planteados.

Sostiene 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.

Al respecto, cabe precisar que TELEFÓNICA no ha interpuesto recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00249-2017-GG/OSIPTEL. Por lo tanto, el argumento planteado por dicha empresa, resulta incongruente con los hechos suscitados en el presente PAS.



4.4. 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 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 GSF haya decidido supervisar una muestra de 1,013 líneas en los casos en los que los clientes desconocieron la titularidad de las líneas móviles en el periodo del segundo semestre de 2015 al primer trimestre de 2016, 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 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 al tomar conocimiento del desconocimiento de titularidad procedió a gestionar dichos procedimientos y dio de baja los servicios que aún se encontraban activos a la fecha de requerimiento de información.

Agrega a ello 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 9° 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 la sanción 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 Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 (en adelante, LDFF) corresponde imponer una multa de entre cero punto cinco (0.5) y cincuenta (50) UIT.

En ese sentido, se advierte que la Primera Instancia, por el incumplimiento del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, estableció el monto de la multa en los límites previstos, este es, cincuenta (50) UIT, tendiendo en consideración los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG.

En efecto, 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 lo cual implicaba que tenga un proceso de custodia de los mecanismos de contratación, 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.

Con relación al iii) argumento, tal como ha manifestado la Primera Instancia, la no conservación 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.

A ello cabe agregar que la mayoría de los requerimientos sobre la conservación de los mecanismos de contratación efectuados a TELEFÓNICA, que sustentan el presente PAS, fueron efectuados por la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario y la GSF, con motivo de haber recibido diversas cartas en las que los usuarios manifestaban su preocupación por haber sido involucrados en denuncias penales por extorsión, debido a que tienen registradas diversas líneas del servicio de telefonía móvil a sus nombres, sin que ellos hayan contratado dicho servicio.

En ese sentido, la labor del OSIPTEL fue no solo de cara a verificar el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, sino de colaborar con dichos usuarios en la obtención de los medios de prueba –el supuesto mecanismo de contratación- necesarios para ejercer su derecho de defensa en las investigaciones que pudieran seguirse en su contra.

Asimismo, respecto al argumento iv), cabe indicar que esto será analizado al aplicar los atenuantes de responsabilidad establecidos en el 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.**

Adicionalmente, se advierte que la Primera Instancia evaluó la aplicación del artículo 18° del RFIS⁶ 7, 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.

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. (...)"

7 Artículo modificado por Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de abril de 2017, la misma que se sustentó en el Informe N° 00003-GTDM/2017, en el cual se indicó que los factores atenuantes de responsabilidad corresponden a circunstancias en las que de presentarse en un caso determinado, generarán que la cuantía de la sanción a imponerse se reduzca. Adicionalmente, se precisa que, a efectos de aplicar los factores atenuantes de responsabilidad, además de ser acreditados por las empresas operadoras, previamente se deberá determinar el monto de la multa – conforme a los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG – para que luego de ello, y una vez verificado los factores mencionados, se proceda a reducir la multa.



No obstante, conforme al análisis efectuado por la Primera Instancia 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, ni la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

Sin perjuicio de ello, se advierte que TELEFÓNICA, a través de su escrito de apelación presentó documentación que acredita la implementación de medidas que aseguran la no repetición de la conducta infractora. Así, se advierte que 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:

Infraacción	Multa Base	Multa Impuesta	Modificación
Incumplimiento del Art. 9° del TUO de las CDU	50 UIT	50 UIT	47.5 UIT

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° 657.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, contra la Resolución N° 00249-2017-GG/OSIPTEL; y en consecuencia, 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 doscientos veintiocho (228) mecanismos de contratación; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- La presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 2.- 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 la Resolución N° 00249-2017-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

