



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00088-2021-GG/OSIPTEL

Lima, 23 de marzo de 2021

EXPEDIENTE Nº	:	00034-2020-GG-GSF/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS: El Informe Nº 00053-UPS/2021 de fecha 22 de marzo de 2021, así como el Informe de la Dirección de Fiscalización e Instrucción¹ del OSIPTEL (DFI) - antes Gerencia de Supervisión y Fiscalización - Nº 00029-DFI/2020 (Informe Final de Instrucción); por medio de los cuales se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 2º del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado con Resolución Nº 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (TUO de las Condiciones de Uso), por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 37º de la referida norma.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

1. Mediante el Informe Nº 0031-GSF/SSDU/2020, de fecha 12 de marzo de 2020 (Informe de Supervisión), la DFI emitió el resultado del cumplimiento de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 37º del TUO de las Condiciones de Uso por parte de la empresa TELEFÓNICA, seguido en el Expediente Nº 00089-2019-GSF (Expediente de Supervisión), respecto de la prestación de los servicios de información y asistencia a través de su canal de atención telefónica (104). Al respecto, concluyó lo siguiente:

“V. CONCLUSIÓN

42. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A habría incumplido con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 37º del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución Nº 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, toda vez que no habría prestado servicios de información y asistencia a través de su canal de atención telefónica (104) conforme a lo dispuesto en la norma precitada, tal como ha sido desarrollado en capítulo III del presente Informe”.

2. Mediante carta Nº 00521-GSF/2020, notificada el 26 de julio de 2020, se comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada como leve en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 37º de dicha norma, al no haber prestado los servicios de información y asistencia a través de su canal de atención telefónica (104), durante el periodo del 6 al 15 de diciembre de 2019.

¹ Denominación acorde con lo previsto en el Decreto Supremo Nº 160-2020-PCM y la Resolución de Presidencia Nº 094-2020-PD/OSIPTEL, publicados en el Diario Oficial El Peruano el 2 y 9 de octubre de 2020, respectivamente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

3. A través de la carta N° TDP-1895-AR-ADR-20, recibida el 09 de julio de 2020, TELEFÓNICA solicitó acceso y copias del expediente PAS y del expediente de supervisión², así como una ampliación de plazo de veinte (20) días hábiles para presentar sus descargos, el mismo que fue concedido por la DFI mediante la carta N° 00987-GSF/2020, notificada el 23 de julio de 2020.
4. Mediante carta N° TDP-002269-AR-GGR-20, recibida el 11 de agosto de 2020, TELEFÓNICA presentó sus descargos (**Descargos 1**)³.
5. Mediante carta N° TDP-03499-AR-GGR-20, recibida el 30 de noviembre de 2020, TELEFÓNICA presentó descargos adicionales (**Descargos 2**); asimismo, la referida empresa solicitó una audiencia de informa oral, la misma que fue concedida por la DFI a través de la carta N° 00434-DFI/2020, notificada el 04 de diciembre de 2020⁴.
6. A través de la carta N° TDP-3605-AG-ADR-20, recibida el 04 de diciembre, TELEFÓNICA solicitó la reprogramación de la audiencia de informe oral, siendo concedida dicha solicitud mediante carta N° 00494-DFI/2020, notificada con fecha 10 de diciembre de 2020, y llevándose a cabo la referida audiencia el 14 de diciembre de 2020.
7. Con fecha 21 de diciembre de 2020, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00029-DFI/2020 (**Informe Final de Instrucción**).
8. Mediante comunicación N° C.00019-GG/2021 notificada el 08 de enero de 2021, se puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles, sin que – a la fecha – la empresa operadora se haya pronunciado al respecto⁵.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.-

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 02 de febrero de 2001, este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

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

² A través de la carta N° 00997-GSF/2020, notificada el 24 de julio de 2020, la DFI brindó respuesta a la solicitud de copias del expediente PAS y expediente de supervisión.

³ En atención a que a través de dichos descargos TELEFÓNICA, alegó que su representada no habría recibido las copias del expediente de supervisión N° 00089-2020-GSF, la DFI mediante carta N° 329-DFI/2020 notificada el 20 de noviembre de 2020, le otorgó a TELEFÓNICA un plazo de diez (10) días hábiles, con la finalidad de que presente sus descargos adicionales.

⁴ La misma que fue programada por la DFI para el 7 de diciembre de 2020.

⁵ Cabe precisar que, si bien mediante carta N° TDP-0191-AR-ADR-21 recibida el 25 de enero de 2021, TELEFÓNICA señaló presentar descargos al Informe N° 00029-DFI/2020, a través de la carta N° 231-GG/2021 notificada el 17 de marzo de 2021, se puso en conocimiento de la referida empresa que el citado escrito se derivó a la DFI para la incorporación en el Expediente N° 00034-2020-GG-DFI/PAS.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

A través del presente PAS se imputó a TELEFÓNICA la infracción tipificada como leve en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del primer párrafo del artículo 37° de la referida norma, al haberse advertido que durante el periodo del 06 al 15 de diciembre de 2019, la referida empresa habría incumplido con prestar servicios de información y asistencia a sus abonados y usuarios en la absolución de consultas, atención de reclamos y reportes de avería, en un total de 29 086 llamadas telefónicas (a través del canal 104).

Por lo expuesto, es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado⁶, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 252.3 del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el PAS cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 259° del citado TUO, fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Por otro lado, a través del Decreto de Urgencia N° 029-2020-PCM publicado el 20 de marzo de 2020, emitido en el marco del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM⁷, se estableció - entre otras medidas - la suspensión por treinta (30) días hábiles, del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, que se encuentren sujetos a plazos, que se tramiten en entidades del Sector Público, plazo que fue prorrogado por quince (15) días hábiles adicionales mediante el Decreto de Urgencia N° 053-2020, y a la vez prorrogado hasta el 10 de junio de 2020, mediante el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM.

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

1. Análisis de los Descargos.-

⁶ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.

⁷ Publicado el 15 de marzo de 2020 se declaró el Estado de Emergencia por el plazo de quince (15) días calendarios, y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, vigente desde 16 de marzo al 30 de marzo de 2019, cuyo plazo fue prorrogado a través de los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, N° 64-2020-PCM, N° 075-2020-PCM, N° 083-2020-PCM, N° 94-2020-PCM, N° 116-2020-PCM, N° 135-2020-PCM, N° 146-2020-PCM, N° 156-2020-PCM, 174-2020-PCM, 184-2020-PCM, 201-2020-PCM, 008-2021-PCM y 036-2021-PCM hasta el 31 de marzo de 2021.





1.1 Sobre el incumplimiento del primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso.-

El primer párrafo del artículo 37^{o8} del TUO de las Condiciones de Uso establece de manera clara, la obligación de las empresas operadoras de prestar servicios de atención a través de un número telefónico de asistencia gratuita, para sus abonados y usuarios, teniendo como finalidad principal la absolución de consultas, reclamos, reportes y averías en relación a sus servicios públicos de telecomunicaciones.

Así tenemos que, para el cumplimiento del deber de servicio de atención e información a cargo de las empresas operadoras, dicho servicio deberá satisfacer lo establecido en el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso, debiendo darse en todos los casos una eficiente orientación y atención a sus abonados y usuarios en la absolución de consultas, y en la atención de reclamos y reportes de averías.

Considerando lo descrito, resulta claro que, para que se verifique el cumplimiento de la norma en mención, no solo basta que la empresa operadora cuente con un canal de atención gratuito, sino que éste debe asegurar a sus abonados y usuarios, la absolución de consultas, la atención de reclamos y el reporte de avería, de manera efectiva.

En esa línea, a fin de verificar el cumplimiento de la obligación materia de análisis en el presente PAS se deberá verificar que el número telefónico de información y asistencia gratuita implementado por la empresa operadora resulte ser eficaz, brindando una atención correcta a los usuarios y abonados quienes acuden a dicho canal a fin de absolver sus consultas, interponer reclamos, reportes y averías en relación a sus servicios públicos de telecomunicaciones. De esta forma el canal implementado deberá brindar un tratamiento adecuado a las llamadas que se reciban mediante el mismo, a fin de cumplir con la finalidad de su implementación.

De acuerdo a lo señalado en el Informe de Supervisión, se tiene que, en la primera acción de supervisión del 14 de mayo de 2019, los representantes de TELEFÓNICA describieron el procedimiento con el que cuentan para atender las llamadas que ingresan vía su canal de atención telefónica (104). Así, la referida empresa señaló que dichas llamadas son atendidas por el IVR⁹, el mismo que de acuerdo a la configuración establecida, redirecciona las llamadas al menú de atenciones de consultas del canal 104; y, en caso de haber sido configurada alguna avería redirecciona a la locución de “avería masiva”.

Asimismo, durante la acción de supervisión de fecha 18 de diciembre de 2019, TELEFÓNICA precisó lo siguiente en relación al procedimiento de atención de llamadas al canal 104:

- Al detectarse una avería en el centro de monitoreo de alarmas, ésta se comunica a la torre de control quien valida la avería y la registra en el

⁸ **Artículo 37.- Servicios de Información y Asistencia**

La empresa operadora está obligada, durante dieciocho (18) horas por día como mínimo y los siete (7) días de la semana, a prestar servicios de información y asistencia gratuitos y eficientes, a través de un número telefónico libre de costo, con la finalidad de orientar y atender a sus abonados y usuarios en la absolución de consultas y atención de reclamos y reportes de avería. (...).

⁹ “Interactive Voice Response”.

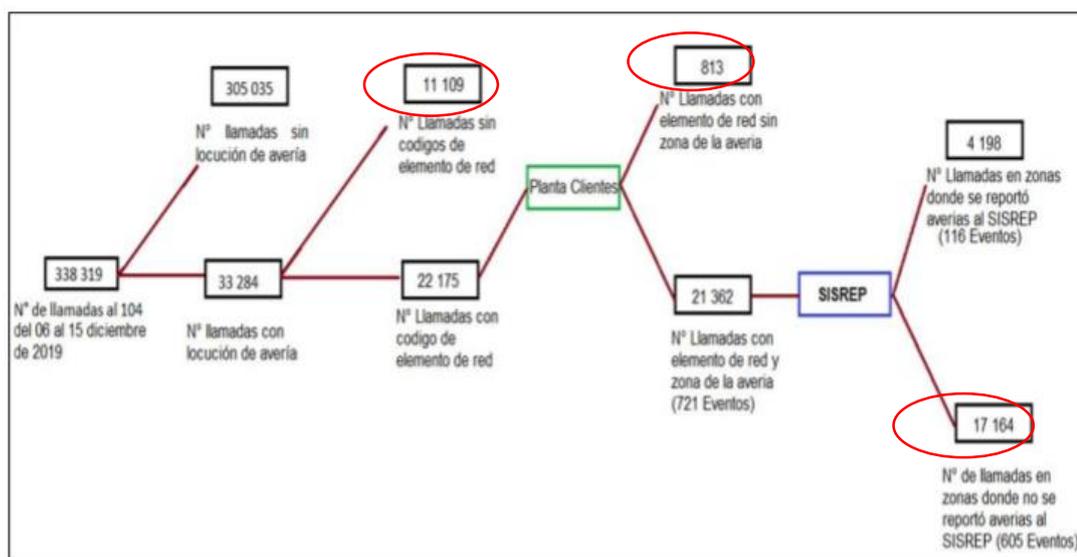




“sistema de incidencias”. TELEFÓNICA agrega que, una vez registrada la avería masiva, el programa informa a la base de datos qué elemento de red está afectado; por lo tanto, señaló la referida empresa que las líneas asociadas a dicho elemento de red tendrán la locución de “avería masiva”.

- Posterior a ello, TELEFÓNICA indicó que al configurarse en el sistema de incidencias la avería reportada, se genera un código de evento (EVENTID). Dicho evento queda registrado en una base de datos que es consultada por el IVR antes de direccionar las llamadas entrantes. Luego de ello, sostiene TELEFÓNICA que el IVR consulta a la base de datos si la línea de la llamada entrante se encuentra involucrada en un elemento de red que registra una avería masiva, siendo que de ser afirmativo dicho supuesto el IVR redirecciona la llamada a la locución de “avería masiva”, caso contrario, ingresa al árbol del menú del canal 104.

Ahora bien, cabe indicar que en la referida acción de supervisión del 18 de diciembre de 2019, se obtuvieron los logs de llamadas correspondientes al periodo del 06 al 15 de diciembre de 2019, obteniéndose un total de 338 319¹⁰ llamadas vía el canal 104, correspondientes al servicio de telefonía fija, y obteniéndose la siguiente información:



Fuente: Grafico N° 2 del Informe de Supervisión

Del referido gráfico se puede advertir que TELEFÓNICA habría colocado la locución de “avería masiva” a **11 109** llamadas¹¹ que no cuentan con código de elemento de red, y, por tanto, las líneas desde las que se realizaron tales llamadas no estarían involucradas en interrupción o avería masiva alguna; impidiendo, de esta manera, que los abonados y usuarios puedan ser orientados o atendidos en la absolución de sus consultas, reclamos y averías.

Asimismo, se verifica que TELEFÓNICA habría colocado la locución de “avería masiva” a **813** llamadas¹² que no cuentan con información de zona afectada, impidiendo de esta manera, que los abonados y usuarios que realizaron tales

¹⁰ Detalladas en el Anexo 1 del Informe de Supervisión.

¹¹ Detalladas en el Anexo 2 del Informe de Supervisión.

¹² Detalladas en el Anexo 4 del Informe de Supervisión.





llamadas, puedan ser orientados o atendidos en la absolución de sus consultas, reclamos y averías.

Finalmente, se verifica que en el caso de **17 164** llamadas¹³ con locución de avería; se habría colocado la locución de “avería masiva” en zonas donde no se habría presentado interrupción alguna, con lo cual los abonados y usuarios fueron impedidos de acceder al servicio de información y asistencia del canal 104 de manera eficiente, ya que no fueron orientados o atendidos en la absolución de sus consultas, atención de reclamos y reportes de avería.

Cabe precisar, en línea con lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción que, en las llamadas antes mencionadas, TELEFÓNICA impidió que las mismas ingresen al árbol del menú del canal 104, procediendo a redireccionarlas a una locución de “avería masiva”, pese a que las líneas involucradas no estaban asociadas a una interrupción del servicio.

En ese sentido, ha quedado acreditado que, en el periodo del 06 al 15 de diciembre de 2019, TELEFÓNICA al redireccionar las llamadas realizadas al canal de información y asistencia gratuito 104 a una locución de “avería masiva”, incumplió con prestar servicios de información y asistencia a sus abonados y usuarios en la absolución de consultas, atención de reclamos y reportes de avería, en un total de **29 086** llamadas telefónicas (a través del canal 104), lo cual constituye una vulneración a la obligación dispuesta en el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso.

Cabe precisar que, a lo largo del presente procedimiento, TELEFÓNICA no ha alegado, ni mucho menos presentado medio probatorio alguno que permita evidenciar alguna situación eximente de responsabilidad por el cual procedió a redireccionar las llamadas realizadas al canal de información y asistencia 104 a una locución de “avería masiva”.

A través de sus descargos, TELEFÓNICA alega haber cumplido con la obligación contenida en el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso, señalando que cuenta entre otros con el canal 104, para lo cual su representada ha asumido las inversiones y costos en recursos humanos, informáticos y económicos, a efectos de que el canal telefónico se encuentre operativo y a disposición de los usuarios y abonados de los servicios de telecomunicaciones de manera totalmente gratuita y en los horarios dispuestos por la normativa.

Agrega TELEFÓNICA que el acceso a dicho canal es de público conocimiento, siendo que en la página web de Movistar¹⁴ su representada informa de la disponibilidad del mismo. Del mismo modo, señala la referida empresa que, en cada contrato de abonado se hace referencia a la disponibilidad de este canal de atención, tal como puede advertirse en la misma página web¹⁵.

TELEFÓNICA sostiene que la plena funcionalidad de este canal además se demuestra de los miles de llamadas que son recibidas a través del canal 104, tal como se puede advertir de la información de indicadores de calidad de Atención por Voz Humana (AVH). Así, agrega la referida empresa que solo para el mes de diciembre de 2019, su representada a través de este canal, atendió a más de 2 millones de solicitudes.

¹³ Detalladas en el Anexo 7 del Informe de Supervisión.

¹⁴ www.movistar.com.pe/atencion-al-cliente/canales-atencion/atencion-telefonica

¹⁵ <https://www.movistar.com.pe/informacion-a-abonados-y-usuarios/moviles>.





En esa línea, TELEFÓNICA indica que resulta manifiesto que su representada cuenta con un número gratuito de libre costo a efectos de brindar los servicios de información y asistencia a sus usuarios y abonados, de conformidad con lo establecido en el artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso, por lo que, a consideración de la referida empresa, no existiría una trasgresión al artículo materia de imputación.

Por otro lado, TELEFÓNICA alega respecto a las 29 086 llamadas imputadas, que este Organismo ha verificado que todas las llamadas pudieron acceder al canal 104, lo cual demuestra que este canal se encuentra operativo y es funcional a las necesidades de los usuarios. Agrega TELEFÓNICA que la obligación imputada no regula los supuestos de emisión de locución, así como la corrección para su activación a determinados usuarios, por lo que a consideración de la referida empresa en el presente caso se estaría aplicando de manera extensiva la norma imputada.

En esa línea, TELEFÓNICA sostiene que en el presente caso, la pretensión de sancionar a su representada por presuntamente no haber dado asistencia en el caso de 29 086 llamadas no resulta correcto, ya que derivarían de un análisis de la corrección en la recepción de una locución automatizada para casos de avería, lo cual escaparía al supuesto de hecho, lo cual a consideración de la referida empresa vulneraría el Principio de Tipicidad, invocando la aplicación de la Resolución N° 001-2019-SERVIR/TSC¹⁶.

Por otro lado, TELEFÓNICA alega que el texto del TUO de las Condiciones de Uso no limita a un solo canal el servicio de asistencia e información a los usuarios. Así, añade la referida empresa que, en efecto, tal como el mismo texto contempla, la empresa operadora puede tener otros canales para la atención de reclamos específicamente referidos a averías, tal como lo establece de manera expresa el artículo 37-B°, el mismo que señala que la empresa operadora puede contar con otros canales de atención para los casos de avería. En ese sentido, Telefónica manifiesta que cuenta con el canal de atención telefónico 102, de conformidad con la disposición regulatoria, el mismo que también es de conocimiento público, tal como se informa en la página web de la empresa¹⁷.

Por lo tanto, TELEFÓNICA concluye que no resulta coherente que la DFI señale que los usuarios no habrían tenido acceso a los servicios de información y asistencia brindados por su representada, cuando existen diferentes canales para atender sus consultas y reclamos. Por el contrario, señala la referida empresa que se ha demostrado que su representada no solo cuenta con un canal 104 para realizar este tipo de atenciones, sino con otro canal adicional dispuesto específicamente para la atención de reclamos por avería a través del número 102, de conformidad con la normativa emitida por el propio Organismo Regulador.

Sobre el particular, corresponde indicar - a diferencia de lo alegado por TELEFÓNICA y de acuerdo a lo señalado de manera previa - que no es materia de análisis en el presente PAS el hecho que la referida empresa cuente con un número

¹⁶ Según el cual "solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango legal mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Consecuentemente, las entidades solo podrán sancionar la comisión de conductas que hayan sido previamente tipificadas como ilícitas, mediante normas que describan de manera clara y específica el supuesto de hecho infractor y la sanción aplicable".

¹⁷ <https://www.movistar.com.pe/atencion-al-cliente/reclamos/averias>





gratuito (104) de libre costo a efectos de brindar los servicios de información y asistencia a sus usuarios; por el contrario lo que ha sido materia de imputación en el presente PAS, es que TELEFÓNICA al redireccionar las llamadas realizadas al canal 104 a una locución de “avería masiva” impidiendo de esta forma que los usuarios y abonados puedan comunicarse de manera efectiva con el canal 104, no habría prestado dichos servicios a través del referido canal durante el periodo del 6 al 15 de diciembre de 2019.

En esa línea, el hecho que TELEFÓNICA haya asumido las inversiones y costos, a efectos de que el canal telefónico se encuentre operativo y a disposición de los usuarios y abonados de los servicios de telecomunicaciones de manera totalmente gratuita y en los horarios dispuestos por la normativa; no lo exime de responsabilidad frente al incumplimiento imputado en el presente PAS, evidenciándose que a pesar de haber realizado inversiones e incurrido en costos, dicha acciones no resultaron ser suficientes, dado que se detectó que en un total de **29 086 llamadas telefónicas**, la referida empresa al redireccionar las llamadas realizadas al canal 104 a una locución de “avería masiva” impidiendo de esta forma que los usuarios y abonados puedan comunicarse de manera efectiva con el canal 104, no cumplió con prestar servicios de información y asistencia a sus abonados y usuarios en la absolución de consultas, atención de reclamos y reportes de avería, conforme lo exige el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso.

Del mismo modo, en cuanto a las alegaciones de TELEFÓNICA referidas a que el acceso a dicho canal es de público conocimiento a través de la página web, así como que, en cada contrato de abonado se hace referencia a la disponibilidad de este canal de atención; cabe precisar que las mismas no permiten desvirtuar la configuración de la infracción, en tanto no es materia de cuestionamiento en el presente PAS si la referida empresa informa o no a los abonados acerca de la disponibilidad del canal 104, sino que lo que se analiza es la prestación efectiva del servicio de información y asistencia a los abonados y usuarios.

En esa misma línea, respecto a los sostenido por TELEFÓNICA referido a que en el mes de diciembre de 2019 su representada atendió más de 2 millones de llamadas a través del canal 104, corresponde indicar que ello no desvirtúa los hechos detectados en la etapa de supervisión respecto de las 29 086 llamadas a las cuales no brindó el servicio de información y asistencia entre el 6 y 15 de diciembre de 2019.

Por otro lado, en cuanto a sostenido por TELEFÓNICA sobre los canales alternativos con los que contaría, cabe indicar que, si bien la referida empresa cuenta, adicionalmente al canal 104, con el canal de atención telefónico 102, como bien lo señala la propia empresa, este servicio se encuentra destinado exclusivamente a la atención de reclamos por averías, a diferencia del canal 104, que atiende reclamos en general (no exclusivamente por averías), así como la absolución de consultas, entre otros.

Cabe precisar que, en efecto, el objeto de la supervisión efectuada por la DFI era la de verificar si TELEFÓNICA se encontraba brindado el servicio de información y asistencia de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso, para lo cual se procedió a verificar ello a través del canal 104, pues es a través de éste canal que la citada empresa presta servicios de absolución de consultas y atención de reclamos en general y no únicamente de las relacionadas a averías.





En relación al cuestionamiento al Principio de Tipicidad, corresponde señalar que el referido principio 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 248^{o18} del TUO de la LPAG.

Cabe indicar que, al ser el Principio de Tipicidad una exigencia para el operador jurídico al momento de proceder a calificar determinadas acciones u omisiones como constitutivas de infracción administrativa, la discusión sobre este caso debe centrarse inicialmente en la determinación del tipo que sustenta la infracción que se imputa, pues es a partir de la concreción detallada y precisa del mismo que, resultará posible enlazar a éste la correspondiente consecuencia jurídica.

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 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 - referida a no haber prestado los servicios de información y asistencia a través de su canal de atención telefónica (104) - configura la infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del primer párrafo del artículo 37° de la referida norma.

Conforme se señaló en los párrafos anteriores, el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso, establece la obligación de prestar servicios de información y asistencia gratuitos y eficientes a través de un número de libre costo, siendo que dicha obligación tiene por finalidad orientar y atender a los abonados y usuarios en la absolución de consultas, atención de reclamos y reportes de avería.

En esa línea, es claro que la obligación dispuesta por la norma en mención no es la de meramente implementar un canal de información y asistencia, sino la de prestar dicho servicio de manera gratuita y **eficiente**, situación que no se ha dado en el presente caso, toda vez que conforme se advirtió en la etapa de supervisión, TELEFÓNICA direccionó las llamadas a una locución de "avería masiva" que le impedía a los usuarios y abonados continuar con la llamada, más aún cuando se verificó que 29 086 llamadas no se encontraban ligadas a una avería o interrupción del servicio. Por tanto, se evidencia que el servicio de información y asistencia

¹⁸ **Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o 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 la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.





prestado por TELEFÓNICA a través del canal 104 no cumplió con atender a dichos usuarios y abonados conforme lo exige la norma.

Aunado a ello, cabe precisar que aun en el caso de las llamadas a las cuales se les redireccionó a la locución de “avería masiva”, se advirtió que, al terminarse dicha locución, las llamadas se cortaban automáticamente, no permitiéndoles ni siquiera a esas llamadas ser atendidas como averías.

En ese sentido, y en línea con lo señalado en la Resolución N° 001-2019-SERVIR/TSC, en el presente caso no se ha efectuado una aplicación extensiva de la norma, puesto que la conducta detectada e imputada como infracción administrativa consistente en la no prestación del servicio de información y asistencia a través del canal 104, resulta contraria a la obligación establecida en el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso.

Por consiguiente, y a diferencia de lo alegado por TELEFÓNICA no existiría una vulneración al Principio de Tipicidad, correspondiendo desestimar los argumentos expuestos por la referida empresa en este extremo del PAS.

1.2 Sobre la vulneración al Debido Procedimiento.-

A través de sus Descargos 1 TELEFÓNICA sostiene que su representada se encuentra en la imposibilidad de ejercer su legítimo Derecho Constitucional al Debido Proceso y a la Defensa, toda vez que este Organismo no le habría brindado acceso efectivo a los expedientes sancionador y de supervisión, a pesar de haber sido requerido en reiteradas oportunidades, agregando la referida empresa que dicha circunstancia le impide evaluar y contradecir cada uno de los puntos y medios de prueba propuestos por la DFI.

En esa línea, TELEFÓNICA alega que los medios de prueba que obrarían en los expedientes de supervisión y sancionador usados para realizar la presente imputación, no han sido puestos a disposición de la administrada, lo cual la deja en un flagrante estado de indefensión.

Sobre el particular, corresponde hacer referencia a lo establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), respecto del principio del debido procedimiento, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

(...)”





Sobre el particular, se tiene que si bien a la fecha de vencimiento del primer plazo otorgado para la entrega de los descargos por parte de TELEFÓNICA, aún no había sido puesta a su disposición la copia del Expediente de Supervisión solicitada mediante carta N° TDP-1895-AR-ADR-20, la DFI con fecha 28 de agosto de 2020 y a través de la carta N° 00997-GSF/2020, puso a su disposición de la referida empresa las copias requeridas.

Del mismo modo, se verifica que, mediante la carta N° 00329-DFI/2020, notificada el 20 de noviembre de 2020, la DFI le otorgó a TELFÓNICA un plazo de diez (10) días para la remisión de sus descargos, a fin de no vulnerar su derecho de defensa.

En esa línea, se advierte que TELEFÓNICA pudo analizar de manera completa la información contenida en el Expediente de Supervisión, y ejercer su derecho de defensa, tal como se advierte de sus descargos presentados el día 30 de noviembre de 2020 mediante carta N° TDP-03499-AR-GGR-2.

De acuerdo a ello, se advierte que no existe vulneración al principio del debido procedimiento, en la medida que se dio acceso a TELEFÓNICA al Expediente de Supervisión de manera previa a la presentación de sus descargos; asimismo, se le dio un plazo mayor al mínimo establecido para la remisión de sus descargos, una vez que se puso a su disposición la copia del Expediente de Supervisión, y se le concedió el uso de la palabra para que exponga sus argumentos de defensa.

En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en este extremo del PAS.

1.3 Sobre la vulneración al Principio de Razonabilidad y la adopción de una medida menos gravosa.-

A través de sus descargos TELEFÓNICA señala que la Autoridad debe preferir aquellas medidas que sean menos intrusivas (*education and advice; warning letters*) a la esfera jurídica de los administrados; haciendo solo uso de las medidas más drásticas (*deterrence*) solo cuando no hayan funcionado las opciones anteriores.

Asimismo, TELEFÓNICA indica que este nuevo enfoque basado en el paradigma de la regulación responsiva tiene como cometido transformar el esquema punitivo que caracterizaban a las Administraciones Públicas; sin embargo, añade la referida empresa que, con la llegada del Decreto Legislativo N° 1272, la orientación y los incentivos que dictan el accionar de las Autoridades deben partir desde una óptica diferente y menos invasiva.

Sostiene TELEFÓNICA que resulta imperante dejar por constancia la serie de circunstancias y acciones desplegadas por su representada a efectos de acreditar que resulta contraria a la buena fe procedimental y a la línea preventiva y en el marco del nuevo *enforcement* regulatorio respecto del cual la autoridad ha tomado partido.

En esa línea, TELEFÓNICA alega que habría quedado evidenciado que la decisión de iniciar el presente procedimiento, así como de continuarlo hasta la imposición de una medida sumamente gravosa en contra de su representada, no se ajustaría a los requisitos exigidos por el TUO de la LPAG, en tanto no es adecuada, necesaria ni proporcional.





Sobre el particular, esta Instancia considera que, en virtud del enfoque de regulación responsiva, la Administración pública debe contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas ante el incumplimiento de obligaciones por parte de los administrados; sin embargo, dichas herramientas no constituyen una estructura rígida, sino que funcionan de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias que presente determinado caso en particular.

Al respecto, a fin de determinar si el inicio del PAS correspondía a la medida idónea frente al incumplimiento detectado por la DFI, corresponde referirse al Principio de Razonabilidad, el mismo que se encuentra reconocido a nivel legal a través del numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, por el cual las decisiones de las autoridades cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Cabe señalar que el inicio de un PAS no necesariamente supone la conclusión inevitable de la imposición de una multa, sin embargo, de ser el caso, la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), en su artículo 30° y el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, también contienen los criterios a considerar para la imposición y gradación de la misma, dentro de los cuales se encuentra la razonabilidad y proporcionalidad. Tales criterios serán analizados posteriormente en el punto III del presente análisis.

Sin perjuicio de ello, en lo referente a la decisión de iniciar un procedimiento sancionador, es decir, en el primer momento en el que se opta por la medida que contrarrestará el comportamiento infractor del administrado, es necesario que la decisión que se adopte también cumpla con los parámetros del test de razonabilidad, lo que conlleva la observancia de sus tres (3) dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.

✓ **Juicio de idoneidad o de adecuación:**

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

Ahora bien, tomando en cuenta el nuevo enfoque de regulación responsiva o preventiva, corresponde señalar que coincidimos con la empresa operadora en que es importante contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas en caso de la ocurrencia de infracciones a efectos de salvaguardar los límites que tienen por objeto garantizar los derechos del administrado y preservar el Estado de Derecho.

Sin embargo, estas herramientas deben funcionar de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias concretas, puesto que la *Responsive Regulation*





precisamente se caracteriza por la flexibilidad en el uso de las herramientas con las que se cuenta, dependiendo de las circunstancias y de los actores del caso en particular.

Conforme quedó acreditado en la etapa de supervisión, TELEFÓNICA – durante el período del 06 al 15 de diciembre de 2019, incumplió con prestar servicios de información y asistencia a sus abonados y usuarios en la absolución de consultas, atención de reclamos y reportes de avería, en un total de 29 086 llamadas telefónicas (a través del canal 104), vulnerando de esta forma la obligación dispuesta en el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso.

Al respecto, cabe señalar en línea con lo indicado que en la Matriz de Comentarios del TUO de las Condiciones de Uso, que, dado que los servicios públicos de telecomunicaciones han venido experimentando un crecimiento exponencial, y atendiendo a la necesidad de que estos servicios se encuentren cada vez más al alcance de los abonados y usuarios, se consideró apropiado incrementar la atención de los servicios de información y asistencia, de tal manera que el servicio que brinde la empresa operadora a los usuarios sea eficiente y satisfaga las necesidades de los mismos, como sería en el caso de la asistencia gratuita, a través de un número telefónico.

En esa línea, la existencia de un número de información y asistencia gratuito se justifica en la medida que permite la comunicación directa entre el abonado/usuario y la empresa operadora, teniendo como expectativa del abonado o usuario de los servicios públicos de telecomunicaciones, que la atención sea eficaz, rápida, y con un tratamiento individualizado.

De este modo, se evidencia que con normativa materia de análisis en el presente PAS se busca que los abonados y usuarios cuenten con servicios de información y asistencia que resulten adecuados y eficientes para los mismos, independientemente de si éstos son corporativos o no. Asimismo, cabe precisar que el servicio en cuestión, no sólo debe brindar información o absolver consultas a los usuarios, sino también debe permitir realizar determinados actos que son parte del procedimiento administrativo establecido por la Directiva de Reclamos, como es el caso de los reclamos y reportes de averías.

Por lo tanto, se advierte la existencia de una lesión al bien jurídico protegido, dado que TELEFÓNICA afectó el derecho de los usuarios o abonados de poder contar con un servicio eficiente de información y asistencia, a través de un número telefónico libre de costo, al no permitir el acceso a la información sobre el uso, consumo o atención de problemas con los servicios contratados, y redundando de esta forma en una insatisfacción en cuanto al servicio de atención por parte de la referida empresa operadora.

En tal sentido, el inicio del PAS constituye una medida eficaz, que permitirá generar un efecto disuasivo de modo tal que TELEFÓNICA cumpla con las obligaciones establecidas en el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso.

Por otro lado, si bien TELEFÓNICA alega que se debe tomar en cuenta una serie de circunstancias y acciones desplegadas por su representada, cabe señalar que conforme se señaló de manera previa el análisis del presente PAS





versa sobre la atención brindada por la referida empresa a través del canal 104.

Aunado a ello, cabe precisar que de la lectura de lo establecido en el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso, se desprende que la tipificación ahí establecida contempla la posibilidad de sancionar el incumplimiento de la empresa operadora, independientemente de la cantidad de incumplimientos advertidos.

Ello, considerando que es obligación de la empresa operadora con el Estado Peruano el cumplir con lo dispuesto en la normativa vigente; lo que, es consistente con el propósito del sistema administrativo sancionador que busca evitar que el autor cometa en el futuro nuevas infracciones. En esa línea, corresponde desestimar, lo señalado por TELEFÓNICA en relación al porcentaje que representan las llamadas imputadas en comparación con el total de llamadas recepcionadas y atendidas en el mes de diciembre de 2019.

Por lo tanto, en atención a lo indicado, queda claro que el inicio del presente PAS se encuentra justificado en el ejercicio de la facultad sancionadora del OSIPTEL ante el incumplimiento de TELEFÓNICA de la obligación que se encuentra tipificada como infracción leve; buscando garantizar la debida disuasión de la conducta analizada y el ajuste de la misma por parte de la empresa operadora, a fin que asuma un comportamiento diligente, frente a medidas destinadas a evitar mayores afectaciones al incumplimiento detectado. Por ello, el impacto y las circunstancias en las cual se dio el incumplimiento analizado, explica lo adecuado del inicio del presente procedimiento.

✓ **Juicio de necesidad:**

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

Respecto a la imposición de medidas menos gravosas, como las Medidas Preventivas, de Advertencia o Correctivas, cabe resaltar que ello es una facultad del OSIPTEL, la cual se utilizará según la trascendencia del bien jurídico protegido y afectado en el caso concreto, dentro de ciertos límites; es decir, la elección de dichas medidas no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

En tal sentido, frente a la imposición de otras medidas, tales como las comunicaciones preventivas o de advertencia contempladas en el Reglamento de Supervisión, aprobado con Resolución N° 090-2015-CD-OSIPTEL (Reglamento de Supervisión), en el presente caso no es factible aplicar la Medida Preventiva, debido a que los hechos se verificaron de forma posterior al inicio de la etapa de supervisión, esto es cuando ya se habían materializado los comportamientos típicos detallados en el referido Informe.





Por otro lado, tampoco era dable la aplicación de la Medida de Advertencia, debido a que los incumplimientos no se enmarcan en ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 30° del Reglamento de Supervisión¹⁹.

Por su parte, con relación a la imposición de una Medida Correctiva establecida en el artículo 23²⁰ del RFIS, cabe resaltar que es una facultad del OSIPTEL; es decir, la elección de dichas medidas no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

Asimismo, es preciso hacer alusión a la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD-OSIPTEL que modificó el RFIS, la cual sugiere que la medida correctiva se aplica en el caso de infracciones administrativas de reducido beneficio ilícito, cuya probabilidad de detección es elevada y en la que no se han presentado factores agravantes.

Así, en el presente caso no correspondía la aplicación de una medida correctiva, dado que nos encontramos ante una probabilidad de detección media, considerando que no se tratan de supervisiones efectuadas de manera periódica; asimismo, considerando la cantidad de llamadas recibidas por parte de la empresa (que de acuerdo a lo señalado por TELEFONICA en el mes de diciembre de 2019 el total de llamadas recepcionadas y atendidas ascendió a 2 726,266) - difícilmente se podría tomar conocimiento de todos aquellos casos en los que TELEFÓNICA no prestó efectivamente el servicio de información y asistencia a sus usuarios.

Del mismo modo, nos encontramos ante un incumplimiento (primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso) que afecta directamente a los abonados y usuarios, puesto que vulnera el derecho que tienen los mismos a ser atendidos a través de un canal gratuito y eficiente, con la finalidad de obtener información y asistencia en la absolución de consultas y atención de reclamos y reportes de avería, habiéndose detectado que en el presente PAS

¹⁹ "Artículo 30°.- Medidas de Advertencia

(...)

Basado en el Principio de Razonabilidad, la medida de advertencia se podrá emitir en los siguientes casos:

- a) Cuando el incumplimiento versa sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de dicha entrada en vigencia.
- b) En el marco de la primera acción de supervisión sobre determinada materia que se realiza a una entidad supervisada dentro del primer año en que, en virtud de su reciente título habilitante, inicia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
- c) Que el incumplimiento detectado en la acción de supervisión haya sido corregido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de su detección y comunicado al OSIPTEL a más tardar al día hábil siguiente del vencimiento de dicho plazo, así como que se estime que la conducta infractora no causó daño efectivo o potencial.
- d) Cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la que se refiere el artículo 16 del presente Reglamento, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria Final.
- e) Que la entidad supervisada se exceda hasta en tres (3) días del plazo establecido para la entrega de información solicitada mediante escrito del OSIPTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio.

(...)"

²⁰ "Artículo 23.- Medidas Correctivas

Las medidas correctivas constituyen disposiciones específicas que tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o en los Contratos de Concesión respectivos. Mediante la imposición de una medida correctiva, los órganos competentes del OSIPTEL para imponer sanciones, ordenan a las Empresas Operadoras realizar una determinada conducta o abstenerse de ella, con la finalidad de que cumpla con determinadas obligaciones legales o contractuales.

Las medidas correctivas establecerán los mecanismos adecuados que permitan su debido cumplimiento, así como el respectivo plazo para que éste se produzca, cuando corresponda".





el incumplimiento se dio respecto a un número considerable de casos - 29 086 llamadas - lo cual se debió a una acción efectuada por la propia empresa operadora, esto es, debido a que programó en sus sistemas el redireccionamiento a la locución de “avería masiva” impidiendo a los usuarios acceder al árbol del menú del canal 104.

Asimismo, estamos frente a un beneficio ilícito alto, considerando que la multa toma en consideración la cantidad de llamadas diarias no atendidas del período del 6 al 15 de diciembre de 2019 (las cuales representan un total de 29 086 llamadas telefónicas).

Atendiendo a lo anterior, esta Instancia no advierte – a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA - que el inicio del presente PAS constituya una medida gravosa por parte de la DFI. De esta manera, en atención a lo señalado, se consideró pertinente que, ante la infracción cometida frente a la trascendencia del bien jurídico, y que la empresa operadora cuenta con poder de mercado, era dable que el OSIPTEL utilice un mecanismo disuasivo, a fin que a futuro la empresa operadora sea más cautelosa en el cumplimiento de sus obligaciones contempladas en el TUO de las Condiciones de Uso.

✓ **Juicio de proporcionalidad:**

Este sub principio busca establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, se considera que está estrechamente vinculado con el juicio de necesidad analizado precedentemente.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que, efectivamente, se cumple en el presente PAS, toda vez que la medida dispuesta por la DFI resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar, a fin que la empresa operadora no vuelva a incurrir en la infracción tipificada como leve en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso.

Cabe mencionar que el Principio de Proporcionalidad busca un equilibrio entre los distintos bienes jurídicos materia de controversia, es de señalar que ello se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que la obligación que no fue observada por TELEFÓNICA resulta de vital importancia para que los abonados y usuarios no se vean afectados por la falta de atención por parte del canal 104 implementado por la referida empresa para prestar servicios de información y asistencia de manera eficiente y oportuna.

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

Por lo expuesto, en el presente caso, se cumple con los parámetros del juicio de proporcionalidad; siendo que la medida adoptada -inicio del PAS- observa plenamente el Principio de Razonabilidad.

2. Respecto a la evaluación de las condiciones eximentes de responsabilidad. -





Una vez determinada la comisión de la infracción en el presente PAS, corresponde que esta Instancia evalúe si se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG, así como en el artículo 5° del RFIS.

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se produjo como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se debió a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza de este eximente, no corresponde aplicar el mismo en este caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento, se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento detectado se debió al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento se concluye que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se debió al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal.
- 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 la que se refiere el inciso 3) del artículo 255° del TUO de la LPAG: A efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:
 - La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
 - La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
 - La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
 - La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

Asimismo, conviene precisar que si bien en un PAS, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponden al administrado que los plantea.





En esa línea, Nieto²¹ - haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español - señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad; y, de ser el caso, atenuantes.

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

Sobre el particular, en el presente caso no se advierte que TELEFÓNICA haya cesado la conducta infractora, toda vez que no ha acreditado que a través de su canal 104 ya no se encuentra direccionando las llamadas a una locución de “avería masiva” que impide continuar con la llamada.

Por otro lado, cabe señalar que no es posible la reversión de los efectos generados por la comisión de la infracción evaluada en el presente PAS, dado que la infracción cometida ha impedido que los abonados y usuarios reciban información o asistencia para la absolución de sus consultas o tramite de sus reclamos en la oportunidad en que así lo requieran.

En consecuencia, esta Instancia verifica que no corresponde continuar con el análisis para la aplicación del referido eximente de responsabilidad, toda vez que no han concurrido los requisitos para su configuración.

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN. -

Habiendo previamente determinado que la empresa operadora ha incurrido en la infracción imputada en el presente PAS, por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso, corresponde analizar la aplicación de los criterios de graduación de la sanción en virtud de la aplicación del principio de Razonabilidad.

3.1 Respetto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG. -

A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por la infracción administrativa evidenciada, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de las conductas sancionables no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como, que la determinación de las sanciones considere criterios como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia; las circunstancias de

²¹ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. Página N° 424.





la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. Así, procede el siguiente análisis:

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

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

En el presente caso, el beneficio ilícito está constituido por el costo evitado de: a) el personal que atiende las llamadas de los abonados y usuarios realizadas al canal de asistencia e información gratuito 104 (teniendo en consideración que en el presente caso se tomarían en cuenta aproximadamente unas 2 909 llamadas estimadas diarias no atendidas durante el período del 6 al 15 de diciembre de 2019); y, b) del equipamiento que resulta necesario para prestar los servicios de información y asistencia a través del canal de atención telefónico.

El beneficio ilícito estimado es evaluado a valor presente considerando el Costo Promedio del Capital Ponderado (WACC) de TELEFÓNICA y el número de meses transcurridos desde la detección de la infracción hasta la fecha de estimación de la multa.

- ii. Probabilidad de detección de la infracción:**

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

En el presente caso, y en línea con lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción se considera una probabilidad de detección *media*, dado que no se tratan de supervisiones efectuadas de manera periódica; asimismo, considerando la cantidad de llamadas recibidas por parte de la empresa, difícilmente se podría tomar conocimiento de todos aquellos casos en los que TELEFÓNICA no prestó efectivamente el servicio de información y asistencia a sus usuarios.

- iii. Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:**

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

Al respecto, según lo dispuesto en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, TELEFÓNICA habría incurrido en una infracción leve, por el incumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 37° de la misma norma, por lo que es posible de ser sancionada con una multa de entre media (0.5) y





cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) según lo establecido en el artículo 25° de la LDFF.

Cabe resaltar que el referido incumplimiento vulnera el derecho que tienen los usuarios y abonados a poder realizar sus reclamos y/o consultas vía el canal 104, en la oportunidad en que lo necesitaron; específicamente en el caso un número considerable de llamadas - 29 086 - efectuadas entre el 6 y 15 de diciembre de 2019.

iv. Perjuicio económico causado:

Tanto este criterio como el anterior hacen referencia al criterio referido al daño causado señalado en la LDFF. Considerando que el daño causado puede ser económico o no económico, el perjuicio económico alude al primero, en tanto que la gravedad del daño al interés público o al bien jurídico protegido refiere al segundo. En este apartado, solo se analiza, en consecuencia, el daño causado entendido como daño o perjuicio de tipo económico, únicamente.

Al respecto, corresponde considerar que, en el presente expediente, no existen elementos objetivos que permitan cuantificar el daño económico causado.

v. Reincidencia en la comisión de la infracción:

En este caso en particular, no se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, en concordancia con lo establecido en el literal a) del numeral ii) del artículo 18° del RFIS.

vi. Circunstancias de la comisión de la infracción:

En el presente PAS, se advierte que TELEFÓNICA no tuvo una conducta diligente, que, de haber existido, habría evitado de alguna manera el resultado producido.

Así, se advirtió que pese a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso, TELEFÓNICA implementó el redireccionamiento de las llamadas a una locución de “avería masiva”, lo cual impedía a los usuarios acceder al árbol del menú del 104, de modo que no podían efectuar sus consultas y reclamos, los cuales no necesariamente estaban relacionados a averías masivas; siendo que, en efecto, de lo analizado en el Informe de Supervisión, se advierte que las líneas desde las cuales se efectuaron tales llamadas no se encontraban vinculadas a una interrupción o avería del servicio.

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

En este extremo, no ha quedado acreditada la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

Por tanto, atendiendo los hechos acreditados en el presente PAS y el análisis de cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad (en el particular “beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción”, “probabilidad de detección”, “la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido” y “circunstancias de la comisión de la infracción”) reconocidos en el TUO de la LPAG; y considerando los límites mínimos y máximos de la escala de multas previstos en el artículo 25° de la LDFF,





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

correspondería imponer a TELEFÓNICA una multa de **CINCUENTA (50) UIT**²², por la comisión de la infracción LEVE tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, dado que habría incumplido con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 37° de la referida norma.

3.2 Respetto de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257 del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RFIS. -

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

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

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

De acuerdo a ello, procederemos a analizar si se han configurado los factores atenuantes de responsabilidad establecidos por el artículo 18° del RFIS:

- Reconocimiento de responsabilidad: De lo actuado en el presente PAS, se advierte que TELEFÓNICA no reconoce de manera expresa ni por escrito su responsabilidad por el incumplimiento del primer párrafo del artículo 37° del TUO de las Condiciones de Uso.
- Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: De acuerdo al análisis efectuado previamente, se verifica que TELEFÓNICA no ha acreditado haber cesado la conducta infractora.
- Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa: Al respecto y conforme se señaló de manera previa, se verifica que no es posible la reversión de los efectos derivados de la conducta infractora.
- Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora: Debe precisarse que, no existe evidencia que haya aportado TELEFÓNICA respecto de la adopción de medidas para evitar la comisión de la infracción materia del presente PAS.

Atendiendo a ello, esta Instancia considera que, en el presente caso, no concurre ninguno de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RFIS.

²² Cabe precisar que la multa excede el rango de límite establecido (110.1 UIT), habiéndose reconducido al límite máximo para las infracciones leves.





3.3 Capacidad económica del sancionado. -

El artículo 25° de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, toda vez que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2019, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por TELEFÓNICA en el año 2018.

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL y de acuerdo con el artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** con una **MULTA** de **CINCUENTA (50) UIT**, por la comisión de la infracción tipificada como **LEVE** en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, por haber incumplido lo estipulado en el primer párrafo del artículo 37° de la referida norma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.; conjuntamente con el Informe N° 00053-UPS/2021.

Artículo 4°.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página web del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe), en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,



SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL