

| | | |
|-------------------|---|--|
| A | : | RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO |
| CC | : | GUSTAVO RICARDO VILLEGAS DEL SOLAR ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN |
| ASUNTO | : | RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 169-2023- GG/OSIPTEL |
| REFERENCIA | : | Expediente N° 00116-2022-GG-DFI/PAS |
| FECHA | : | 21 de julio de 2023 |

| | CARGO | NOMBRE |
|----------------------|--|--------------------------------|
| ELABORADO POR | ANALISTA LEGAL | MARIA PIA HUAMAN VIVANCO |
| APROBADO POR | DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURIDICA | CARLOS LEONIDAS GILES PONCE |



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 169-2023-GG/OSIPTEL, que sancionó a dicha empresa con una multa de 350 UIT, por el incumplimiento del artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹ (en adelante, RGIS), al haberse verificado que habría incumplido con lo dispuesto en la Medida Cautelar impuesta mediante Resolución N° 110-2022-DFI/OSIPTEL, a través de la cual se le ordenó: (i) adecuar su sistema de información y asistencia (canal telefónico 104 y 080011800); y, (ii) remitir al OSIPTEL la documentación que acredite las adecuaciones realizadas al referido sistema.

II. ANTECEDENTES

2.1 Mediante Resolución N° 110-2022-DFI/OSIPTEL, notificada el 8 de marzo de 2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) impuso a TELEFÓNICA la siguiente Medida Cautelar:

“SE RESUELVE:

Artículo 1°. - **IMPONER** una Medida Cautelar a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**, a fin de que proceda con lo siguiente:

1. Adecúe su sistema de información y asistencia (canal telefónico 104 y 080011800) a fin de que, en el plazo de quince (15) días hábiles, proceda con el cumplimiento de lo siguiente:

i. Brindar al usuario la oportunidad de presentar más de una consulta, solicitud, reclamo y reporte de avería durante y/o previo a concluir la atención, sin que se limite por mensajes generales o de autogestión.

ii. Adecuar los mensajes que brinda el asistente virtual a fin de que informe los plazos de atención según el Reglamento para la atención de gestiones y reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

2. Remita al OSIPTEL, en el plazo máximo de 3 días hábiles contados desde el vencimiento del plazo otorgado en el numeral 1, la documentación que acredite las adecuaciones realizadas al sistema de información y asistencia (canal telefónico 104 y 080011800). (V.G. Documento de pase a producción o el equivalente).

Artículo 2°. - El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el artículo 1° constituirá una infracción administrativa, la cual podrá ser sancionada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336. (...).”

2.2 El 25 de agosto de 2022, a través de la carta N° C.02048-DFI/2022, la DFI comunicó a TELEFÓNICA el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Resolución N° 110-2022-DFI/OSIPTEL, por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el artículo 1 de dicha Resolución.

2.3 A través de la carta N° TDP-3903-AR-ADR-22, recibida el 13 de octubre de 2022, luego de la ampliación de plazo otorgada, TELEFÓNICA presentó sus descargos.

¹ Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.



- 2.4 Posteriormente, a través de la carta N° C. 00804-GG/2022 del 8 de noviembre de 2022, la Primera Instancia notificó a TELEFÓNICA el Informe N° 223-DFI/2022 (Informe Final de Instrucción), otorgándole cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- 2.5 El 13 de diciembre de 2022, mediante la carta N° TDP-4774-AR-ADR-22, TELEFÓNICA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- 2.6 Mediante la Resolución N° 169-2023-GG/OSIPTEL, notificada el 18 de mayo de 2023, la Primera Instancia resolvió lo siguiente:

“(…) SE RESUELVE:

***Artículo 1° DESESTIMAR** la solicitud de nulidad planteada por la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.*

***Artículo 2°.- SANCIONAR** a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** con una multa de **350 UIT**, por la comisión de la infracción calificada como **MUY GRAVE** tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, al haber incumplido lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 1° de la Resolución N° 110-2022-DFI/OSIPTEL; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución. (…).”*

- 2.7 El 8 de junio de 2023, mediante la carta N° TDP-2474-AR-ADR-23, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración.
- 2.8 Posteriormente, a través de la Resolución N° 208-2023-GG/OSIPTEL de fecha 15 de junio de 2023, la Primera Instancia dispuso encauzar de oficio el escrito de fecha 8 de junio de 2023, a fin de que se le otorgue el trámite de Recurso de Apelación, toda vez que los argumentos formulados por TELEFÓNICA constituyen una materia de puro de derecho que no corresponde ser analizada en el marco de un Recurso de Reconsideración.
- 2.9 Mediante Memorando N° 224-GG/2023, del 15 de junio de 2023, la Primera Instancia elevó a la Secretaría del Consejo Directivo el Recurso interpuesto por TELEFÓNICA.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General² (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

TELEFÓNICA sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

² Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



- 4.1. La calificación de la infracción como muy grave sería -a su criterio- ilegal y desproporcionada.
- 4.2. Se habrían vulnerado los Principios de Licitud y Verdad Material, en tanto se estarían tomando supuestos como base para sancionar a hechos que no han sido materia de supervisión.
- 4.3. El órgano instructor habría rechazado y negado -sin fundamento alguno- las acciones desplegadas por TELEFÓNICA para dar cumplimiento a la Medida Cautelar.
- 4.4. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, en tanto no se habrían explorado alternativas menos gravosas e igual de satisfactorias que la imposición de una multa administrativa.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:

5.1. Sobre la calificación de la infracción

TELEFÓNICA argumenta que se habría efectuado una inadecuada tipificación de la infracción en virtud de la habilitación que contendría la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores Tramitados ante el OSIPTEL³ (en adelante, Metodología de Cálculo de Multas), en el sentido que, la calificación de infracción como “muy grave” se habría determinado en base a casuística que no habría sido verificada en el trámite del presente PAS.

En ese sentido, la empresa operadora refiere que se habría tomado en consideración una cantidad de líneas afectadas que sería contraria a la realidad, en tanto ésta no se condice con el número de supervisiones realizadas. Aunado a ello, TELEFÓNICA alega que no existiría asidero fáctico ni jurídico para que se considere un supuesto número de afectados, siendo que el cálculo y análisis de la sanción a imponer se debería basar sólo sobre los hechos verificados en el trámite del procedimiento de supervisión y/o sanción; para lo cual hace referencia a que la Metodología de Cálculo de Multas solo tomaría como base a las acciones de supervisión realizadas. En ese sentido, la empresa operadora alega que -a su parecer- la Primera Instancia estaría vulnerando los Principios de Presunción de Inocencia y Verdad Material contemplados en el TUO de la LPAG.

En dicho contexto, TELEFÓNICA manifiesta que -a su entender- la interpretación seguida por la Primera Instancia resultaría errada y arbitraria; ya que, si ésta quisiera concluir que toda la planta de líneas se vio afectada, el 100% de las acciones de supervisión efectuadas por la DFI habrían detectado un incumplimiento.

Finalmente, TELEFÓNICA invoca a los pronunciamientos esgrimidos por el OSIPTEL a través del Informe N° 147-PIA/2019 y Resolución N° 085-2019-CD/OSIPTEL mediante los cuales el regulador señaló que la responsabilidad en materia sancionadora responde -únicamente- a los incumplimientos detectados.

³ Aprobada por Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.



En razón a ello, la empresa operadora solicita se declare la nulidad de la Resolución impugnada y se revoque la sanción impuesta.

Sobre el particular, es menester señalar que, como es de conocimiento de TELEFÓNICA, este Organismo aprobó el Régimen de Calificación de Infracciones⁴ así como la Metodología de Multas, instrumentos que entraron en vigencia el pasado 1 de enero de 2022.

En ese marco, el Régimen de Calificación de Infracciones establece sanciones proporcionales al incumplimiento calificado como infracción -a través del análisis caso por caso- logrando la disuasión de las conductas infractoras, siendo que mediante dicho régimen los tipos infractores contenidos en las normas del OSIPTEL no se encuentran calificados previamente como infracciones leve, grave o muy grave, sino que al momento de iniciar el PAS se realiza la calificación luego de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas, asociando la conducta infractora a las calificaciones previstas en el artículo 25 de la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF).

En tal sentido, en lo que respecta a la determinación de las multas, las mismas se determinan en base a fórmulas específicas o montos fijos que se establezcan en la Metodología de Cálculo de Multas siendo que, en el caso de las demás infracciones, se aplicará la fórmula general.

Ahora bien, es menester señalar que el incumplimiento materia del presente PAS, no tiene asignada una fórmula o parámetro específico en la Metodología de Cálculo de Multas; siendo que, la estimación de la multa para la infracción relacionada al incumplimiento de la Medida Cautelar impuesta mediante la Resolución N° 110-2022-DFI/OSIPTEL se realizó en conformidad con la fórmula general, cuyo enfoque de estimación puede ser de Beneficio Ilícito (BI) o de Daño Causado (DC).

Adicionalmente, corresponde precisar que la citada Metodología permite utilizar otros parámetros para el cálculo de la multa, así como su respectiva cuantificación, siendo que el punto 2.3 de la Metodología de Cálculo de Multas autoriza a emplear razonamientos o utilizar parámetros adicionales que aproximen los componentes de la fórmula general.

En ese sentido, es menester mencionar que el Beneficio Ilícito (BI) es uno de los componentes de la fórmula general que resulta aplicable a incumplimientos como el analizado en el presente PAS; en tanto, la metodología para la graduación de una multa a ser impuesta a una empresa operadora, que incumpla con lo dispuesto en el artículo 28 del RGIS, se basa en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener la empresa como consecuencia de tal conducta.

Ahora bien, debe indicarse que la obligación contenida en el artículo 28 del RGIS, no exige una determinada cantidad de incumplimientos para determinar la existencia de una afectación a la totalidad de los abonados; en tanto, la trasgresión a la citada norma conlleva a un desmedro en los derechos de los abonados de TELEFÓNICA, ya que incide directamente en el derecho de los usuarios y abonados en acceder a los servicios



⁴ Aprobado por la Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTEL.



de información y asistencia de forma eficiente; lo cual, constituye una obligación a cargo de las empresas operadoras desde el año 2003⁵.

Por otro lado, cabe precisar que, para el presente caso, la cantidad de acciones de supervisión realizadas responden -exclusivamente- a una muestra respecto a la totalidad de sus usuarios del servicio móvil que deberían tener a disposición los canales de atención de servicio de información y asistencia; siendo que, las fallas o restricciones pueden afectar -indistintamente- a cualquier usuario de la empresa operadora que desee o necesite hacer uso de dicho canal telefónico. Así, contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA, no puede considerarse que dichos incumplimientos devienen en aislados.

Sin perjuicio de ello, en relación al argumento referido a que -al parecer de TELEFÓNICA-, se habría estimado de manera errónea el número de casuísticas verificadas, cabe señalar que el cálculo de la multa se llevó a cabo en dos momentos distintos del PAS, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 1

| | Fase Instructora | Fase Sancionadora |
|----------------------------|--|--|
| Instrumento | Carta N° C. 02048-DFI/2022 | Resolución N° 169-2023-GG/OSIPTEL |
| Incumplimiento | Numeral i) del artículo 1 de la Resolución N° 110-2022-DFI/OSIPTEL | Numeral i) del artículo 1 de la Resolución N° 110-2022-DFI/OSIPTEL |
| Fecha de graduación | Ago-2022 | May-2023 |
| N° de Afectados | 12 967 192,0⁶ | 2 559 501,8 |

En dicho contexto, es necesario señalar que ello responde al cumplimiento del Principio de Debido Procedimiento⁷, siendo que, a lo largo de la fase instructora, las empresas operadoras pueden remitir información y/o medios probatorios que influyen en la decisión de la Administración y, consecuentemente, en el cálculo de la multa. Por lo expuesto, carece de asidero el argumento esgrimido por TELEFÓNICA.

Sin perjuicio de ello, corresponde precisar que la oposición de la empresa operadora respecto a la cantidad de 12 967 192 de líneas afectadas, no se encuentra respaldada en un sustento fáctico; en tanto, para la imposición de la sanción se llevó a cabo la estimación de atenciones telefónicas diarias, conforme se puede evidenciar en el siguiente cuadro:

⁵ En efecto, el antiguo texto de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobada mediante Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL establecía lo siguiente:

“Artículo 28.- Servicios de Información y Asistencia

La empresa operadora está obligada, durante doce (12) horas por día y seis (6) días a la semana como mínimo, 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.
 (...)”

(Subrayado agregado).

⁶ Reporte correspondiente al 2022-I. Mayor detalle en: <https://punku.osiptel.gob.pe/>

⁷ Establecido en el numeral 2 del Artículo 248 del TUO de la LPAG.



Cuadro N° 2

| Estimación de atenciones diarias | |
|--|------------|
| Total de abonados de TELEFÓNICA (2022-II)⁸ | 12 797 509 |
| Fechas en las que se detectaron los incumplimientos | 5/05/2022 |
| | 6/05/2022 |
| | 9/05/2022 |
| | 10/05/2022 |
| | 11/05/2022 |
| Entonces: Atenciones diarias = 12 797 502 / Cantidad días de incumplimiento Atenciones diarias = 12 797 502 / 5 Atenciones diarias = 2 559 501,8 | |

En ese sentido, esta Oficina considera necesario reiterar que, contrariamente a lo alegado por TELEFÓNICA, para el cálculo de la multa finalmente impuesta se tomó en consideración la cantidad de usuarios que se verían potencialmente afectados por los incumplimientos detectados en proporción a las dieciséis (16) acciones de supervisión realizadas en el transcurso de cinco (5) días.

Por otro lado, es menester añadir que -en anteriores oportunidades- el Consejo Directivo⁹ ratificó las multas impuestas a empresas operadoras bajo la aplicación de dicha metodología tomando como base a la totalidad de la planta de abonados.

En esa línea, esta Oficina considera que, de acuerdo a las particularidades del presente caso, no habría lugar a la invocación del Informe N° 147-PIA/2019 y la Resolución N° 085-2019-CD/OSIPTTEL efectuada por TELEFÓNICA; en tanto, si bien estos aluden a que la responsabilidad administrativa solo se basa en los incumplimientos detectados, los documentos comprendidos en el Informe y la Resolución antes señalados se encuentran referidos a hechos distintos a los que son materia de sanción en el presente PAS, siendo que estos se trataban de obligaciones contenidas en el Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija¹⁰. Sin perjuicio de ello, es menester precisar que la determinación de la sanción debe analizarse en función de las particularidades de cada caso

En atención a lo antes expuesto, y no habiéndose advertido la configuración de causal de nulidad del acto administrativo, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

5.2. Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Licitud y Verdad Material

TELEFÓNICA alega que la carga de la prueba en materia sancionadora recae sobre la autoridad administrativa, ya que es ésta quien debería probar los hechos constitutivos de la pretensión punitiva, es decir, de la efectiva comisión de la infracción.

⁸ Teniendo en cuenta que la infracción se cometió en el 2022-II se consideró que la cantidad de líneas a considerar es la correspondiente a las registradas para dicho periodo. Mayor detalle en: <https://punku.osiptel.gob.pe/>

⁹ Resolución N° 093-2023-CD/OSIPTTEL tramitada en el marco del Expediente N° 00027-2022-GG-DFI/PAS, Resolución N° 137-2023-CD/OSIPTTEL tramitada en el marco del Expediente N° 00023-2022-GG-DFI/PAS.

¹⁰ RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 166-2013-CD-OSIPTTEL



Asimismo, TELEFÓNICA argumenta que es la administración quien tendría el deber de adecuar su accionar a la verdad material y, en ese sentido, verificar fehacientemente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones.

En razón a ello, la empresa operadora alega que tanto la imputación como la sanción se basarían en presunciones y premisas vacías de contenido y sin asidero probatorio suficiente que demuestren las infracciones imputadas a su representada; siendo que, no existiría medio probatorio que respalde la acusación referida a que TELEFÓNICA no habría cumplido con realizar las implementaciones ordenadas en la Medida Cautelar.

Al respecto, primero, corresponde precisar que la Medida Cautelar no solo estaba orientada a que TELEFÓNICA realice determinadas configuraciones en sus sistemas, sino que los mismos garanticen una atención eficiente al abonado de la empresa a efectos de salvaguardar el bien jurídico protegido referido al derecho de los usuarios de recibir información y asistencia telefónica de manera eficiente y oportuna.

Asimismo, es menester señalar que el principal motivo por el cual se impone una Medida Cautelar es buscar que, con el transcurso del tiempo que pueda demorar el trámite del respectivo procedimiento principal¹¹ del cual se deriva la orden, se siga afectando el bien jurídico protegido.

Por otro lado, esta Oficina considera necesario mencionar que si bien la carga de la prueba a efectos de atribuirle responsabilidad a los administrados sobre las infracciones que sirven de base para sancionarlos corresponde a la Administración, probar los hechos excluyentes o atenuantes de su responsabilidad recae sobre el administrado; razón por la cual, le correspondía a TELEFÓNICA asegurarse de presentar todos los medios probatorios que permitieran crear convicción sobre el cumplimiento de sus obligaciones como empresa operadora; situación que, de la revisión de los actuados en el presente expediente, no se configura.

En esa línea, NIETO GARCÍA¹² señala lo siguiente al hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español:

“(...) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad”.
(Subrayado agregado).

Ahora bien, sobre los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA, de acuerdo al análisis realizado por la Primera Instancia, el cual comparte esta Oficina, se advierte:

(ii) Respecto al numeral 1 de la Medida Cautelar:

“... como resultado de las acciones de supervisión realizadas del 5 al 13 de mayo de 2022, se evidenció que TELEFÓNICA incumplió en dieciséis (16) ocasiones con lo dispuesto en el ítem i) del numeral 1 del artículo 1° de la Medida Cautelar, ya que, finalizada la atención por parte de la asesora virtual, la misma procedió a cortar la

¹¹ Procedimiento de imposición de Medida Correctiva tramitado en el Expediente N° 005-2022-GG-DFI/MC.

¹² NIETO GARCÍA, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador. 4ta Edición totalmente reformada. Madrid Tecnos. 2005. P. 424.



llamada sin brindar la oportunidad al usuario de presentar más de una consulta, solicitud, reclamo o reporte de avería durante y/o previo a concluir la atención.

Asimismo, del análisis de la información remitida señalada previamente, se advierte que si bien TELEFÓNICA desarrolló planes de trabajo a fin de cumplir con el ítem ii) del numeral 1 del artículo 1 de la MC; del contenido de la información remitida a través de la carta N° TDP-1799-AF-GER-22 recibida el 28 de abril de 2022, fluye que, la asesora virtual de TELEFÓNICA pese a mencionar que el plazo para resolver una avería es de un (1) día, indica: “Recuerda que la solución de tu avería será a partir del (fecha de caso pendiente+2=xx de xxx)”, por lo que, el plazo que le brinda al usuario no corresponde al de la normativa vigente, toda vez que se señala que el plazo de atención de la avería sería de dos (2) días, en lugar de uno (1).”¹³ (Subrayado agregado).

(ii) Respecto al numeral 2 de la Medida Cautelar:

“(…) TELEFÓNICA mediante sus cartas TDP-1542-AG-GER-22, TDP-4565-AG-GER-22 y TDP-1799-AF-GER-22 recibidas el 1 de abril de 2022, el 26 de abril de 2022 y el 28 de abril de 2022, remitió a la DFI información relacionada a la acreditación del cumplimiento de lo impuesto en el referido numeral 2 del artículo 1° de la RESOLUCIÓN 110.

(…)

De otro lado, TELEFÓNICA envió información adicional que supuestamente acreditaba el cumplimiento de la Medida Cautelar impuesta mediante RESOLUCIÓN 110, mediante carta N° TDP-2786-AF-GER-22 recibida el 18 de julio de 2022 (CARTA 2786), la cual fue analizada en el Informe Complementario.

En ese sentido, luego de la revisión de la CARTA 2786, la DFI advierte que la información remitida por TELEFÓNICA no demuestra que las acciones tomadas acrediten la ejecución de adecuaciones a su sistema de información y asistencia para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Medida Cautelar.

En consecuencia, de lo analizado mediante Informe de Supervisión, así como el Informe Complementario –teniendo como base el análisis de la información proporcionada por la propia empresa y las acciones de supervisión realizad[a]s por el Órgano Instructor– se concluye que TELEFÓNICA no habría cumplido con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1° de la Medida Cautelar, en tanto la documentación remitida por la misma no acreditó las adecuaciones dispuestas en el numeral 1 del artículo 1 de la citada orden.”¹⁴ (Subrayado agregado).

En ese sentido, corresponde mencionar que la Primera Instancia sí realizó el análisis necesario, a efectos de determinar si TELEFÓNICA habría dado cumplimiento a la Medida Cautelar impuesta, siendo que para emitir su pronunciamiento tomó en consideración los hechos verificados en las acciones de supervisión realizada, así como los medios probatorios y alegatos presentados por la empresa operadora.



¹³ Pp. 13-14 de la Resolución N° 169-2023-GG/OSIPTEL.

¹⁴ Pp. 14-16 de la Resolución N° 169-2023-GG/OSIPTEL.



Por tal motivo, no es correcto lo afirmado por dicha empresa operadora respecto a una supuesta vulneración a los Principios de Licitud y Verdad Material, puesto que se valoró toda la información presentada en las comunicaciones aludidas por TELEFÓNICA.

Por lo expuesto, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

5.3. Respecto a las acciones desplegadas por TELEFÓNICA para dar cumplimiento a la Medida Cautelar

TELEFÓNICA argumenta que la Medida Cautelar impuesta no habría establecido la forma ni los medios de prueba a través de los cuales se acreditarían las acciones ordenadas; por lo que, su representada cumplió con efectuar distintas acciones a fin de dar cumplimiento a la Medida Cautelar.

En ese sentido, TELEFÓNICA señala que las comunicaciones que presentó, como pruebas para demostrar el cumplimiento de lo ordenado por la autoridad, habrían sido descartadas sin fundamento alguno para sostener que los referidos documentos no acreditarían lo manifestado por su representada o lo harían de manera insuficiente.

Además, la empresa operadora hace referencia a que el Informe de Supervisión reconoce que TELEFÓNICA habría realizado diversas acciones para dar cumplimiento a la Medida Cautelar, siendo que se les estaría exigiendo acreditar un resultado determinado cuando -literalmente- la referida Medida Cautelar sólo estableció la obligación de realizar implementaciones y acreditar las mismas. En razón a ello, TELEFÓNICA alega que el objetivo del OSIPTTEL sería concretar su decisión de imponer sanciones gravosas en contra de su representada.

Así pues, la empresa señala que los hechos susceptibles de imputación requieren estar respaldados en un acervo probatorio que sustente la decisión de la autoridad, para lo cual vuelve a hacer referencia al contenido del Informe N° 147-PIA/2019.

Finalmente, TELEFÓNICA solicita se declare la nulidad de la Resolución impugnada.

Sobre el particular, primero, es importante reiterar que la Primera Instancia sí se ha pronunciado sobre los alegatos de TELEFÓNICA, expresando las razones jurídicas y normativas por las cuales ha concluido que las obligaciones contempladas en los numerales i) y ii) del artículo 1 de la Medida Cautelar no han sido cumplidas, conforme se detalla en las páginas 11 a 16 de la Resolución N° 169-2023-GG/OSIPTTEL.

Así pues, en cuanto a las supuestas acciones realizadas por TELEFÓNICA y a los esfuerzos, recursos económicos, humanos e informativos que habría desplegado, nos remitimos el análisis efectuado en el numeral 5.2 del presente Informe.

Adicionalmente, es importante mencionar que TELEFÓNICA no ha desconocido los incumplimientos detectados, ni ha presentado documentación que acredite alguna circunstancia fuera de su control que justifique los mismos, más aún cuando se trata de una empresa especializada en el sector de telecomunicaciones que opera en virtud de un Contrato de Concesión otorgado por el Estado Peruano.

Finalmente, contrariamente a lo señalado por la empresa operadora y considerando lo expuesto en el presente numeral, el hecho de que TELEFÓNICA discrepe con la



evaluación realizada por la Primera Instancia en la Resolución impugnada, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de algún vicio que afecte su validez; por lo que, corresponde desestimar este extremo de su recurso de apelación y, a la vez, la solicitud de nulidad invocada por TELEFÓNICA.

5.4. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

TELEFÓNICA manifiesta que el Principio de Razonabilidad¹⁵ reconoce la exigencia de ponderación, proporcionalidad y minimización de impactos negativos en la actuación de las entidades administrativas, cuyas decisiones deberían adoptarse dentro de los límites de la facultad que les ha sido atribuida.

En esa línea, la empresa operadora hace referencia a distintos pronunciamientos¹⁶ del OSIPTEL emitidos en la tramitación de expedientes PAS, mediante los cuales el Consejo Directivo determinó la revocación de las multas impuestas por la Primera Instancia, en tanto, en dichos expedientes, habría existido la posibilidad de imponer una medida menos gravosa en lugar de una sanción administrativa.

Sobre el particular, debe indicarse que el Principio de Razonabilidad señala que las decisiones de las autoridades cuando impongan sanciones, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En ese sentido, resulta necesario señalar que la Primera Instancia ha desarrollado con claridad los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad que constituyen el Test de Razonabilidad, para determinar que, en el caso particular, se expusieron los hechos que determinaron la comisión de la infracción y la fundamentación jurídica que sustenta el inicio del PAS, así como la sanción pecuniaria impuesta. El hecho de que TELEFÓNICA no comparta los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 169-2023-GG/OSIPTEL, no significa que los mismos no se encuentren debidamente motivados o ajustados a derecho.

Cabe señalar que, respecto al enfoque de regulación responsiva, esta Oficina coincide con el hecho de que 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.

Ahora bien, es pertinente precisar que esta Oficina considera que, si bien es cierto que el OSIPTEL se ha pronunciado favorablemente respecto a la aplicación de una medida menos gravosa respecto a incumplimientos de otras obligaciones, esto no implica la obligatoriedad de actuar igual para todos los casos en los que el administrado la solicita; siendo que la determinación de la sanción debe analizarse en función de las particularidades de cada caso, sin que esto implique una vulneración al Principio de Predictibilidad o de Razonabilidad.

¹⁵ Numeral 1.4 Artículo IV. Del TUO de la Ley N° 27444.

¹⁶ Emitidos a través de las Resoluciones N° 092-2017-CD/OSIPTEL, N° 151-2018-CD/OSIPTEL, N° 150-2018-CD/OSIPTEL, N° 100-2018-CD/OSIPTEL y N° 047-2018-CD/OSIPTEL.



De otro lado, cabe señalar que en el marco del análisis del Principio de Razonabilidad, la Primera Instancia, en opinión que comparte esta Oficina, determinó que el PAS resultaba ser el medio idóneo frente a la imposición de otras medidas; puesto que el incumplimiento detectado correspondía a una orden expresa emanada del Regulador, exigencia que debió ser observada por TELEFÓNICA en el tiempo previsto en la Medida Cautelar, puesto que -precisamente- con la misma se buscaba evitar una mayor afectación a la ya detectada en el procedimiento principal.

Por tanto, en atención a lo antes mencionado, en el presente PAS, no cabía la imposición de una medida menos lesiva; por lo que, para el presente caso, no habría lugar a la remisión a pronunciamientos anteriores como sustento para argumentar la vulneración del Principio de Razonabilidad.

De acuerdo a lo antes expuesto, corresponde desestimar lo alegado por TELEFÓNICA en este extremo.

VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la LDFF, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o el procedimiento administrativo haya causado estado.

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo la sanción a TELEFÓNICA por la comisión de infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS y calificada como muy grave en atención a la Norma que Establece el Régimen de Calificación de Infracciones del OSIPTEL, corresponderá la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VII. RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente informe, se recomienda declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 169-2023-GG/OSIPTEL.

Atentamente,

