



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00169-2023-GG/OSIPTTEL

Lima, 18 de mayo de 2023

EXPEDIENTE N°	:	00116-2022-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO: El Informe N° 00223-DFI/2022 de fecha 31 de octubre de 2022 (Informe Final de Instrucción) emitido por la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) iniciado a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹ (RGIS), por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en los numerales 1) y 2) del Artículo 1° de la Medida Cautelar impuesta por medio de la Resolución N° 00110-2022-DFI/OSIPTTEL (RESOLUCIÓN 110).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES. -

1. Mediante la RESOLUCIÓN 110, notificada el 8 de marzo de 2022², la DFI impuso una Medida Cautelar (MC) a TELEFÓNICA bajo los siguientes términos:

“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 OSIPTTEL, 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 OSIPTTEL, Ley N° 27336. (...).”

¹ Aprobado por la Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y modificatorias.

² Con carta N° C.00520-DFI/2022





2. Mediante el Informe de Supervisión N° 00169-DFI/SDF/2022, de fecha 17 de junio de 2022 (**Informe de Supervisión**), la DFI en el marco de Expediente N° 00001-2022-GG-DFI/CAUTELAR (**Expediente de Supervisión**) emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de la MC impuesta mediante la RESOLUCIÓN 110, por parte de TELEFÓNICA, cuya conclusiones y recomendaciones fueron las siguientes:

“(...)

V. CONCLUSIONES

63. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido con lo dispuesto en el ítem (i) del numeral 1 del Artículo 1° de la Medida Cautelar, respecto de 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, toda vez que de las acciones de supervisión realizadas, entre el 5 y el 13 de mayo de 2022, de un total de noventa (90) llamadas, en dieciséis (16) se pudo advertir que no adecuó su sistemas de información y asistencia en sus canales telefónicos 104 y 080011800. En ese sentido, habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.
64. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido con lo dispuesto en el ítem (ii) del numeral 1 del Artículo 1° de la Medida Cautelar, respecto de 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 toda vez que, de la información contenida en el ANEXO 1 de la carta N° TDP-1799-AF-GER-22, se advierte que la asesora virtual, pese a mencionar que el plazo es de un (1) día, indica a modo de ejemplo: “Recuerda que la solución de tu avería será a partir del (fecha de caso pendiente+2=xx de xxx)”¹⁷, consecuentemente el plazo que le brinda al usuario no corresponde al de la normativa vigente. En ese sentido, habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.
65. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 1 de la Medida Cautelar, toda vez que no habría cumplido con remitir al OSIPTEL, en el plazo máximo de tres (3) días hábiles contados desde el vencimiento del plazo otorgado en el numeral 1, la documentación que acredite la ejecución de adecuaciones a su sistema de información y asistencia para dar cumplimiento a lo indicado en el numeral 1 del citado Artículo 1°. En ese sentido, habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

VI. RECOMENDACIÓN

66. Se recomienda iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., toda vez que habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, al haber incumplido con lo dispuesto en los ítems i) y ii) del numeral 1 y numeral 2 del Artículo 1° de la Resolución N° 00110-2022-DFI/OSIPTEL, por las consideraciones expuestas en las conclusiones”.

3. La DFI mediante la carta C.02048-DFI/2022 notificada el 25 de agosto de 2022, comunicó a TELEFÓNICA el inicio del presente PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, y calificada por le OSIPTEL como una infracción muy grave³, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto

³ En aplicación de la “Metodología para el Cálculo de Multas”, y, en aplicación de la “Metodología para el Cálculo de Multas”, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL y, según se ha dispuesto en el artículo 3° de la “Norma que establece el régimen de calificación de infracciones del OSIPTEL”.





en los numerales 1 y 2 del Artículo 1° de la RESOLUCIÓN 110, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.

4. Por medio de la carta N° C.02099-DFI/2022 notificada el 6 de septiembre de 2022, se remitió a TELEFÓNICA la copia del Expediente de Supervisión del presente PAS.
5. Con carta N° TDP-3324-AR-ADR-22 recibida el 2 de septiembre de 2022, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de plazo de treinta (30) días hábiles adicionales, al plazo inicialmente otorgado para remitir sus descargos. Al respecto, mediante la carta N° C.2125-DFI/2022 notificada el de 7 septiembre de 2022, la DFI le concedió a la referida empresa diez (10) días adicionales al plazo inicialmente otorgado, el mismo que venció el 27 de septiembre de 2022.
6. Por medio de la carta N° TDP-3903-AR-ADR-22⁴ recibida el 13 de octubre de 2022 TELEFÓNICA presentó sus descargos con relación a la imputación de cargos. **(Descargos 1).**
7. Con fecha 31 de octubre de 2022, la DFI remitió el Informe Final de Instrucción del presente PAS a la Gerencia General; el mismo que fue puesto en conocimiento de TELEFÓNICA con carta C. 00804-GG/2022, notificada el 8 de noviembre de 2022, a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
8. TELEFÓNICA mediante carta N° TDP-4395-AR-ADR-22 recibida el 14 de noviembre de 2022, solicitó a la Gerencia General se le conceda una ampliación de plazo de treinta (30) días hábiles adicionales, a fin de que presente sus descargos con relación al Informe Final de Instrucción. Sobre el particular, mediante Carta N° C.00835-GG/2022 notificada el 16 de noviembre de 2022, esta Gerencia denegó dicha solicitud.
9. TELEFÓNICA mediante carta N° TDP-4774-AR-ADR-22 recibida el 13 de diciembre de 2022⁵, presentó sus Descargos contra el **Informe Final de Instrucción (Descargos 2).**

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. -

De conformidad con el artículo 40 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 2 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 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.

⁴ En el escrito se consigna 1 de octubre de 2022

⁵ En el escrito se consigna 14 de noviembre de 2022





En el presente PAS se imputa a TELEFÓNICA haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, y calificada por el OSIPTEL como muy grave⁶, por cuanto entre el 5 y 13 de mayo de 2022, habría incumplido con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 1° de la RESOLUCIÓN 110; según se detalla en la siguiente tabla:

Norma Incumplida	Norma que tipifica la infracción	Calificación de la Infracción	Conducta Imputada
Numerales 1) y 2) del Artículo 1° de la RESOLUCIÓN 110	Artículo 28 del RGIS	Muy Grave	Habría incumplido la Medida Cautelar impuesta, al verificarse que: <ul style="list-style-type: none"> i. No habría adecuado sus sistemas de información y asistencia en sus canales telefónicos 104 y 080011800, conforme lo ordenado en el numeral 1) del Artículo 1° de la Medida Cautelar impuesta. ii. No habría remitido dentro del plazo – establecido la documentación que acredite el cumplimiento de la MC, conforme lo ordenado en el numeral 2) del Artículo 1° de la misma.

De acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 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 perjudicado⁷, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

De otro lado, de acuerdo con lo establecido por el numeral 252.3 del artículo 252 del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento administrativo sancionador 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 iniciados de oficio, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

De acuerdo a ello, 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.

⁶ En aplicación de la “Metodología para el Cálculo de Multas”, y, en aplicación de la “Metodología para el Cálculo de Multas”, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL y, según se ha dispuesto en el artículo 3° de la “Norma que establece el régimen de calificación de infracciones del OSIPTEL”.

⁷ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.





Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por la referida empresa mediante sus Descargos 1 y 2 respecto a la imputación de cargos formulada por la DFI.

1. ANÁLISIS DE DESCARGOS

1.1 Sobre la calificación de la infracción y la recomendación de sanción. -

TELEFÓNICA manifiesta que se habría realizado una inadecuada tipificación de la infracción imputada a su representada, al haberse calificado como muy grave, en virtud de la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas⁸ (Metodología de Cálculo de Multas) y, según el artículo 3 de la “Norma que establece el régimen de calificación de infracciones del OSIPTEL”⁹ (Régimen de Calificación de Infracciones); sin embargo, dicha calificación habría considerado el total de líneas en servicio de su representada, en lugar de los hechos objeto de supervisión.

Al respecto, manifiesta que de la revisión del anexo denominado “anexo cálculo de multa”, la DFI señala que existirían un total de 12 967 192 líneas afectadas por el presunto incumplimiento, lo cual no se condice con el número de supervisiones realizadas (90 acciones) ni con la imputación formulada (16 casos); así como, con las fórmulas de la Metodología de Cálculo de Multas.

Agrega TELEFÓNICA, que suponer la ocurrencia del hecho materia de infracción en toda la planta de líneas en servicio de su representada, cuando no existe evidencia de ello, resultaría contrario a los principios de Presunción de Inocencia o Licitud y Verdad Material, ya que la carga de la prueba en materia sancionadora recae sobre la autoridad administrativa.

Por lo expuesto, la administrada arguye que no es cierto que haya existido un incumplimiento en el total de las líneas activas móviles de su representada, por lo que dicho número no puede ser incluido como concepto para el cálculo de la sanción a imponer a su compañía. En atención a ello, solicita se declare no todo lo actuado y se declare el archivo definitivo del presente PAS.

Con relación a lo alegado por TELEFÓNICA es importante traer a colación lo dispuesto en el artículo 28¹⁰ del RGIS, el cual faculta a la DFI como Órgano Instructor a adoptar medidas cautelares, tanto en procedimientos de imposición de medidas correctivas, como en procedimientos administrativos sancionadores. De ahí que, la DFI en el marco de un Procedimiento de Imposición de Medida Correctiva, optó por imponer una Medida Cautelar –cuyo incumplimiento es materia de evaluación del presente PAS– en el Expediente N° 00005-2022-GG-DFI/MC¹¹.

⁸ Aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL

⁹ Aprobado por Resolución N° 00118-2021- CD/OSIPTEL

¹⁰ **Artículo 28.-Medidas Cautelares**

Sin perjuicio de las medidas cautelares que se puedan adoptar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley del Procedimiento Administrativo General; los órganos de instrucción o de resolución podrán adoptar medidas cautelares, tanto en procedimientos administrativos sancionadores como en los procedimientos de imposición de medidas correctivas, disponiendo para tales efectos lo que consideren conveniente para asegurar el cumplimiento y/o la eficacia de sus futuras resoluciones, para evitar que se produzca un daño o que éste se torne irreparable. Las medidas cautelares no constituyen sanciones ni se excluyen con estas últimas.
(...).”

¹¹ Procedimiento Administrativo de Imposición de Medida Correctiva iniciado a la empresa TELEFÓNICA, por presuntamente haber incumplido lo dispuesto en el artículo 37 del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que no habría prestado los servicios de información y asistencia eficientes a través de sus números telefónicos 104 y





Asimismo, lo dispuesto en el artículo 28 del RGIS, se encuentra en concordancia con lo establecido en el artículo 23¹² de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 (LDFF), el cual otorga la facultad al OSIPTEL a través de sus instancias competentes, para dictar medidas cautelares para evitar que un daño se torne irreparable o para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones.

En esa misma línea, debe precisarse que el artículo 24 de la LDFF, señala que el OSIPTEL cuenta con la facultad de tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, tal como se cita a continuación:

Artículo 24.- Facultad sancionadora y de tipificación

24.1 OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley. (...) (Subrayado agregado).

Así también, el artículo 45¹³ del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL¹⁴, señala que la DFI se encarga de emitir las medidas que resulten aplicables en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores o de imposición de medidas correctivas, lo cual se encuentra acorde con lo dispuesto en el artículo 46¹⁵ del mismo Reglamento, que establece las funciones de la DFI, dentro de las cuales se encuentra el de emitir medidas cautelares.

Aunado a ello debemos señalar que la facultad de la DFI de imponer este tipo de medidas se encuentra contemplado a su vez en el numeral 256.1 del artículo 256¹⁶ del TUO de la LPAG, el cual establece que la autoridad que tramita el procedimiento administrativo puede imponer medidas de carácter provisional con

080011800, 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, en veinticuatro (24) casos.

¹² **Artículo 23.- Medidas específicas**

23.1 OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

¹³ **Artículo 45.- Dirección de Fiscalización e Instrucción**

La Dirección de Fiscalización e Instrucción es el órgano de línea responsable de promover -con un enfoque de prevención- y de supervisar el cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL, a nivel nacional.

Asimismo, como órgano instructor, emite las medidas que correspondan en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores o de imposición de medidas correctivas, que sean de competencia de la Gerencia General en primera instancia administrativa.

Depende jerárquicamente de la Gerencia General.

¹⁴ Aprobado por el Decreto Supremo N° 160-2020-PCM y la Resolución de Presidencia N° 00094-2020-PD/OSIPTEL.

¹⁵ **Artículo 46.- Funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción**

Son funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción las siguientes:

(...)

c) Emitir las medidas cautelares o correctivas en ejercicio de la función supervisora, de conformidad con las facultades establecidas en la normativa vigente. (...)

¹⁶ **Artículo 256.- Medidas de carácter provisional**

256.1 La autoridad que tramita el procedimiento puede disponer, en cualquier momento, la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el artículo 157. (...).





sujeción a lo previsto en el artículo 157¹⁷, sobre medidas cautelares, del mismo cuerpo normativo.

De otro lado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1¹⁸ y 3¹⁹ de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332, el OSIPTEL ejerce, entre otras, la función normativa, fiscalizadora y sancionadora, que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, los reglamentos y normas que regulen los procedimientos a su cargo, así como la facultad de verificar su cumplimiento.

En ese sentido, queda acreditado que el contenido del artículo 28 del RGIS se encuentra acorde con lo establecido por la LDFF, el TUO de la LPAG, así como ha sido dictado en ejercicio de la función normativa del OSIPTEL por el Consejo Directivo, razón por demás para concluir que la presente tipificación de la conducta infractora, contrario a alegado por TELEFÓNICA, tiene respaldo legal y es conforme a Derecho, por lo que no se ha vulnerado el Principio de Legalidad.

Al respecto, cabe invocar lo indicado por el Consejo Directivo en la Resolución N° 00159-2020-CD/OSIPTEL²⁰, que resolvió lo siguiente:

(...)

Siendo así, en el caso materia de análisis, como bien ha sido expuesto por la Primera Instancia e inclusive ha sido reconocido por TELEFÓNICA, el incumplimiento de una medida cautelar se encuentra tipificado en el artículo 28 del RFIS, que dispone que la empresa operadora que no ejecute lo ordenado por el Regulador, incurrirá en infracción leve, salvo que en la misma se establezca una calificación distinta.

Por tanto, la tipificación de la conducta se encuentra establecida en el RFIS, disposición reglamentaria emitida por el Consejo Directivo del OSIPTEL en ejercicio de su facultad normativa, siendo que lo único que queda postergado para la emisión del acto administrativo que impone la medida cautelar es la calificación del incumplimiento; no obstante, ello no afecta el Principio de Tipicidad, toda vez que la lógica de que la determinación de la gravedad de una conducta se efectúe en cada caso en particular, es que se pondere el impacto de un posible incumplimiento en el bien jurídico protegido, así como los parámetros de lo que se ordene.

¹⁷ Artículo 157.- Medidas cautelares

157.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir. (...)"

¹⁸ "Artículo 1.- Ámbito de la aplicación y denominación

La presente Ley es de aplicación a los siguientes Organismos a los que en adelante y para efectos de la presente Ley se denominará Organismos Reguladores:

a. Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL);

(...)"

¹⁹ Artículo 3.- Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

c. Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

(...)

d. Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

(...)

²⁰ Publicada en la página web del OSIPTEL en el siguiente link: [chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1531056/N%C2%B0%20159-2020-CD/OSIPTEL%C2%A0.pdf?v=1609883221](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1531056/N%C2%B0%20159-2020-CD/OSIPTEL%C2%A0.pdf?v=1609883221)





*Cabe precisar que el hecho de que **la calificación de una conducta se efectúe a través de una Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización, no impacta en el Principio de Tipicidad ni de Legalidad, toda vez que dicha posibilidad ha sido prevista expresamente por el artículo 28 del RFIS, cuerpo normativo que ha sido expedido por el Consejo Directivo del OSIPTEL en ejercicio de la facultad normativa atribuida por la LMOR. (...)*** [Resaltado agregado]

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones expuestas en el presente apartado, corresponde indicar que la tipificación de la infracción imputada, según está previsto en el artículo 28 del RGIS, es conforme a derecho, pues se ha verificado la plena observancia a los Principios de Legalidad y Tipicidad, por lo que no se ha incurrido en causal de nulidad alguna.

Ahora bien, en cuanto a la calificación de la infracción realizada por la DFI, cabe indicar que, como es de conocimiento de TELEFÓNICA, este Organismo aprobó el Régimen de Calificación de Infracciones, así como la Metodología de Cálculo de Multas, los cuales 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 para el cálculo de la multa, asociando la conducta infractora a las calificaciones previstas en el artículo 25 de LDFF.

En tal sentido, el artículo 3²¹ del Régimen de Calificación de Infracciones dispone que la calificación de la infracción se efectuará considerando lo siguiente:

- i. La escala prevista en el artículo 25 de la LDFF; es decir, que las infracciones serán calificadas como muy graves, graves y leves.
- ii. Nivel de multa determinado en aplicación de la Metodología para el Cálculo de Multas. Asimismo, el artículo 1 de la norma citada establece que las sanciones por las infracciones tipificadas son amonestación o multa. 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.

Por ello y considerando que el incumplimiento materia del presente PAS no tiene asignada una fórmula o parámetro específico en la Metodología de Cálculo de Multas, la estimación de la multa para calificar la infracción relacionada al incumplimiento de la Medida Cautelar impuesta mediante la RESOLUCIÓN 110 se realizó conforme a la fórmula general, cuyo enfoque de estimación puede ser de Beneficio Ilícito (BI) o de Daño Causado (DC).

²¹ Artículo 3.- Calificación de la infracción

El OSIPTEL efectúa la calificación de la infracción, acorde a la escala prevista en el artículo 25 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, al momento de notificar la imputación de cargos por el órgano competente, en función al nivel de multa estimado en aplicación de la Metodología para el Cálculo de Multas, según el tipo de sanción que corresponda.

En caso de infracciones leves puede sancionarse con amonestación escrita, de acuerdo a las particularidades del caso.”





Así, tal como se puede apreciar en el anexo denominado cálculo de multa – notificado a la empresa TELEFÓNICA conjuntamente con la Carta de Imputación de Cargos– la calificación de la infracción imputada en el presente PAS, se basó en el beneficio ilícito obtenido por la referida empresa, el cual se encuentra representado por los costos evitados o no asumidos por la citada empresa para cumplir con lo dispuesto en la Medida Cautelar dispuesta mediante RESOLUCIÓN 110.

Para tal efecto, como parte de la estimación para calificar la infracción materia del presente PAS, se consideró los parámetros Mantyggest²², Conopro²³, Cosperre²⁴, FACM²⁵, así como la probabilidad de detección²⁶ establecidos en la Metodología de Cálculo de Multas; precisándose, a la vez, que dicha metodología autoriza a emplear razonamientos o utilizar parámetros adicionales que aproximen los componentes de la fórmula general.

Cabe agregar, que tal como se señala en la Resolución N° 012-2023-CD/OSIPTEL²⁷, el parámetro FACM forma parte de la estimación del beneficio ilícito, el cual conjuntamente con la probabilidad de detección, constituye uno de los componentes de la fórmula general prevista en la Metodología de Cálculo de Multas aplicable a incumplimientos como el analizado en el presente PAS.

Ahora bien, cabe indicar que, la calificación del incumplimiento de la Medida Cautelar como muy grave, tuvo en cuenta el bien jurídico protegido asociado con el derecho de los usuarios y abonados de ser atendidos a través de un número telefónico libre de costo, de manera eficiente, en la absolución de consultas y atención de reclamos y reportes de avería, sin necesidad de acudir a un centro de atención presencial, propiciando que cualquier trámite se resuelva de manera oportuna y rápida y, de tal manera dar cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37²⁸ del TUO de las Condiciones de Uso, sobre servicios de información y asistencia.

Por ello, la MC impuesta ordenó a TELEFÓNICA la adecuación de su sistema de información y asistencia (canal telefónico 104 y 080011800) a fin de que (i) brinde 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 y (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. De tal forma que, el referido sistema de

²² Mantenimiento y gestión de sistemas

²³ Conocimiento del proceso regulatorio

²⁴ Costo de personal por reclamo

²⁵ Factor de Actualización de Medidas Cautelares

²⁶ En el presente caso, es una probabilidad alta

²⁷ Publicada en la página web del OSIPTEL en el siguiente link: <chrome-extension://efaidnbmninnkpcapjccgiclfefndmkaj/https://www.osiptel.gob.pe/media/e5tbfme/resol012-2023-cd.pdf>

²⁸ **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.

(...)

Las empresas operadoras deberán garantizar que la información y orientación que se brinde a los abonados y/o usuarios a través de los servicios de información y asistencia, se proporcione y efectúe de acuerdo a las disposiciones contenidas en el marco legal vigente en materia de telecomunicaciones y particularmente en lo referido al marco normativo de protección de los derechos de los usuarios.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

información y asistencia garantice una atención eficiente al abonado de la empresa.

Es importante indicar que, como no resulta ajeno al conocimiento de TELEFÓNICA la orden de la MC no tenía como finalidad que se corrija la conducta a fin de garantizar la atención eficiente del servicio de información y asistencia (canal telefónico 104 y 080011800), únicamente al universo identificado en el marco de las acciones de verificación del cumplimiento de la citada orden cautelar como refiere, sino a la totalidad de sus usuarios, que se vienen perjudicando por la falta de eficiencia del mismo, según fuera detectado en el Expediente N° 00001-2022-GG-DFI/CAUTELAR y que se deriva del incumplimiento detectado en el Expediente N° 5-2022-GG-DFI/MC.

Es importante señalar que, **como resulta evidente por la naturaleza de la prestación del servicio que brinda el sistema de información y asistencia (canal telefónico 104 y 080011800), éste debe estar disponible para la totalidad de los usuarios del servicio móvil de TELEFÓNICA; de ahí que el incumplimiento de la adecuación ordenada en la Medida Cautelar, impacta a la totalidad de ellos para los cuales la citada empresa ha puesto a disposición el referido servicio**, tal y como se ha reconocido expresamente, en la RESOLUCIÓN 110:

*“Conforme se desarrolló previamente, el servicio de información y asistencia de LA EMPRESA es uno de sus principales canales de atención, por lo que su ineficiencia genera un mayor impacto en los usuarios. Además, es importante considerar que **con la carta N° TDP-1664-AR-GER-19 LA EMPRESA informó que el asistente virtual atenderá de manera progresiva, en una primera etapa, a sus usuarios del segmento, y luego a los usuarios del segmento fijo, siendo que en julio de 2019 atendería al 100% de los usuarios del servicio móvil.** En ese sentido, es de resaltar que la atención a través del canal telefónico es exclusivamente a través del asistente virtual, por lo que el usuario no cuenta con otras opciones de atención telefónica ante la ineficiencia de este sistema de atención.”*

De ahí que, teniendo en cuenta que **la propia administrada informó al Regulador que, a partir de julio de 2019, el canal telefónico es exclusivamente a través del asistente virtual y este atendería al 100% de los usuarios del servicio móvil**, correspondía considerar el total de líneas móviles que conformaban la planta de la empresa operadora; siendo que, según información reportada por TELEFÓNICA y publicada en el Portal de información de las telecomunicaciones – PUNKU del OSIPTEL al 2022-I²⁹, la cantidad de líneas móviles en servicio de la administrada, en dicho trimestre ascendía a 12 967 192 de líneas.

Por lo tanto, contrario a lo indicado por TELEFÓNICA sí existe evidencia que la afectación por el incumplimiento cautelar detectado redunda en el universo de líneas móviles que utiliza el servicio de información y asistencia gratuitos (**canal telefónico 104 y 080011800**), tal y como la propia empresa lo informó al Regulador.

En ese orden de ideas, esta Instancia considera que tanto la tipificación como la calificación de la infracción imputada en el presente PAS se ha realizado con sujeción a lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, cumpliendo así con los

²⁹ Ver en <https://punku.osiptel.gob.pe/>. Si bien en el Informe Final de Instrucción se menciona que dicha cantidad corresponde al 2022-II, en realidad corresponde al 2022-I.





principios de Tipicidad, Licitud y Verdad Material, por lo que se desvirtúan los argumentos señalados por la administrada en este extremo. Así como, corresponde desestimar el pedido de nulidad planteado.

1.2 Sobre la presunta vulneración a los Principios de Verdad Material y Presunción de Licitud. -

TELEFÓNICA manifiesta que, a pesar de lo dispuesto en los Principios de Licitud y Verdad Material, habría advertido que tanto la imputación como la sanción del OSIPTEL se basan en presunciones y en premisas vacías de contenido y sin asidero probatorio suficiente que demuestren las infracciones imputadas a su representada.

Al respecto, señala que, según lo desarrollado en el Informe de Supervisión, su representada habría incumplido con el artículo 1° de la MC, dado que no habría realizado las implementaciones para 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; sin embargo, considera que no existiría en el desarrollo de las supervisiones ni en el Informe Final de Instrucción medios de prueba que respalden dicha acusación.

Agrega TELEFÓNICA que, de la literalidad del artículo 1 de la MC, no se habría establecido la forma ni tampoco los medios de prueba a través de los cuales se acreditarían las acciones dispuestas en la referida orden. En esa línea, a criterio de su representada, no podría existir una lista taxativa de medios de prueba para acreditar las implementaciones efectuadas.

Añade la referida empresa, que a través de diversos documentos –detallados en los Informes de Supervisión y Complementario- habría dado cuenta de las acciones realizadas a fin de dar cumplimiento a la MC, por lo que considera, que habría cumplido tanto con las adecuaciones que permitirían alcanzar el objetivo de la orden cautelar, como con comunicarlas oportunamente al Organismo Regulador.

Al respecto, TELEFÓNICA indica que, en un proceder totalmente antijurídico y arbitrario, la DFI habría rechazado y negado las acciones desplegadas por su representada para cumplir con la MC, pese a haber reconocido en el Informe de Supervisión que sí habría efectuado acciones, de acuerdo al análisis de las cartas: N° TDP-1409-AG-GER-22, TDP-1480-AG-GER-22, TDP-1542-AG-GER-22 y TDP-1799-AF-GER-22, lo cual –a su entender– bastaría para configurar su cumplimiento.

Añade la referida empresa, que sus supuestas acciones desplegadas fueron rechazadas en tanto las mismas no habrían cumplido el fin, lo cual no formaría parte de la MC, ya que considera que la obligación era realizar implementaciones y acreditar acciones, más no acreditar un resultado determinado.

Finalmente, TELEFÓNICA indica que la Administración Pública en todos sus ámbitos se encuentra sujeto a los principios de Legalidad y Competencia, Verdad Material, Presunción de Licitud y Debido Procedimiento, por lo que la imputación debería dejarse sin efecto, al no existir un acervo probatorio que haya sido obtenido como efecto de la labor de supervisión e instrucción realizados por





la DFI, a fin de sustentar la misma. De ahí que, solicita se declare el archivo del PAS.

En atención a lo alegado por TELEFÓNICA, sobre la supuesta vulneración a los principios de Verdad Material y Presunción de Licitud, regulados en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG y en el artículo 248 de la misma norma; corresponde señalar que, si bien corresponde a la administración la carga de la prueba a efectos de atribuirle a los administrados la responsabilidad de las infracciones que sirven de base para sancionarlos, ante la prueba de la comisión de la infracción, corresponde al administrado probar los hechos excluyentes de su responsabilidad.

Ahora bien, corresponde detallar las obligaciones establecidas en la RESOLUCIÓN 110, mediante la cual se impuso una MC a TELEFÓNICA, en los siguientes términos:

“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).

(...)”

Como puede apreciarse de los numerales 1 y 2 del Artículo 1° de la MC, se ordenó a TELEFÓNICA cumpla con las siguientes obligaciones:

- 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; y,
- iii. Remitir las acreditaciones, 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).

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la MC, la empresa TELEFÓNICA tenía como plazo para cumplir con las obligaciones señaladas en los numerales i) y ii) del





numeral 1 del artículo 1° de la RESOLUCIÓN 110 hasta el 29 de marzo de 2022. Sin embargo, mediante Resolución N° 164-2022-DFI/CAUTELAR notificada el 11 de abril de 2022³⁰ se amplió por quince (15) días hábiles el plazo originalmente otorgado para el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 1 de la RESOLUCIÓN 110, el cual venció el 21 de abril de 2022.

En dicho contexto, a partir del 22 de abril de 2022, la DFI se encontraba facultada para verificar el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 1 de la MC.

Asimismo, en tanto la obligación establecida en el numeral 2 del artículo 1° de la RESOLUCIÓN 110, está referida a remitir documentación que acredite las adecuaciones realizadas por TELEFÓNICA a su sistema de información y asistencia dentro del plazo máximo de 3 días hábiles, contado desde vencido el plazo otorgado en el numeral 1 para la adecuación a sus sistemas, que debía realizarse hasta el 21 de abril de 2022; el plazo para remitir la documentación que acredite dicha adecuación según se indica en el numeral 2 del Artículo 1, vencía el 26 de abril de 2022.

Al respecto, con el objeto de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 1° de la Medida Cautelar, conforme se expuso en el Informe de Supervisión, los días 5, 6, 9, 10, 11, 12 y 13 de mayo de 2022, supervisores de la DFI llevaron a cabo noventa (90) acciones de supervisión, a través de llamadas a los canales telefónicos de atención de TELEFÓNICA, es decir, las líneas gratuitas 104 y 080011800, cuyos hallazgos se consignaron en actas de levantamiento de información³¹.

Asimismo, se evaluaron las diversas cartas remitidas por TELEFÓNICA, entre ellas las comunicaciones: N° TDP-1409-AG-GER-22, N° TDP-1480-AG-GER-22, N° TDP-1542-AG-GER-22 y N° TDP-1799-AF-GER-22, que refiere la administrada, de las cuales se advirtió -entre otra- información, el planeamiento de ejecución de medidas a fin de atender la Medida Cautelar, algunas adecuaciones a ciertos sistemas, entre otros, los cuales como se podrá apreciar a continuación no acreditaron el cumplimiento de lo dispuesto en la referida orden.

En cuanto al cumplimiento del numeral 1 de la Medida Cautelar

Tal como se detalló de manera previa, mediante la RESOLUCIÓN 110 se ordenó a TELEFÓNICA a realizar adecuaciones a sus sistemas para cumplir lo indicado en el numeral 1 del artículo 1°, para lo cual la citada empresa pudo definir en forma unilateral las acciones y medidas que consideró necesarias adoptar para tal fin, teniendo en cuenta que se trataba de sus propios sistemas.

Sin embargo, 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 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.

³⁰ Notificada mediante Carta N° C. 00792-DFI/2022.

³¹ Detallados en la Tabla 2 del Informe de Supervisión.





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).

En consecuencia, a diferencia de lo indicado por TELEFÓNICA, del análisis de la información remitida por la misma, así como de las acciones realizada por parte de DFI, se encuentra acreditado que su representada no habría cumplido con lo dispuesto en los ítems i) y ii) del numeral 1 del artículo 1° de la Medida Cautelar.

Respecto al cumplimiento numeral 2 de la Medida Cautelar

Sobre la base de la obligación principal dispuesta en el artículo 1 de la RESOLUCIÓN 110, se dispuso la obligación accesoria en el numeral 2 del referido artículo de la MC, esto es, que, vencido el plazo para realizar las adecuaciones exigidas en su sistema de información y asistencia, TELEFÓNICA remita la documentación que acredite su ejecución.

Como se señaló previamente, el plazo que tenía la empresa para cumplir lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1 de la RESOLUCIÓN 110 venció el 26 de abril de 2022.

Al respecto, 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.

La documentación detallada en el párrafo precedente fue analizada por la DFI en el Informe de Supervisión, habiéndose concluido que la misma se consideraba insuficiente a fin de acreditar que TELEFÓNICA cumplió con ejecutar las adecuaciones ordenadas en el numeral 1 del artículo 1° de la Medida Cautelar, ya que consisten en cartas y anexos que solo reflejan coordinaciones y un flujo de trabajo incompleto toda vez que, las mismas carecen de pruebas posteriores a la finalización de las operaciones que se llevaron a cabo. Es decir, no se evidencia que las adecuaciones dispuestas por TELEFONICA hayan tenido como resultado efectivo el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 1° de la Medida Cautelar.

Al respecto, la DFI indica en el Informe Final de Instrucción que por ejemplo de la información remitida por TELEFÓNICA respecto de la acreditación de las adecuaciones exigidas en la Medida Cautelar, no obra en ninguna de ellas la conformidad de servicio por parte de la referida empresa al proveedor encargado de las adecuaciones ni tampoco la ejecución de pruebas respecto a la casuística que debía corregir según la orden contenida en el numeral 1 del artículo 1° de la RESOLUCIÓN 110.





En ese sentido, teniendo en cuenta que en el Informe de Supervisión se advirtió que TELEFÓNICA no habría cumplido con adecuar sus sistemas de tal manera que pueda dar cumplimiento a lo establecido en los ítems i) y ii) del numeral 1 del artículo 1° de la Medida Cautelar, por lo tanto, se concluye que la documentación remitida por la referida empresa a la DFI, no acreditan la realización de las adecuaciones dispuestas en el numeral 1 del artículo 1 de la referida medida. En consecuencia, TELEFÓNICA no habría cumplido con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1° de la Medida Cautelar.

Sobre el particular, es importante mencionar que lo indicado por la empresa operadora respecto a que la obligación era simplemente realizar implementaciones y acreditar acciones, más no acreditar un resultado determinado, carece de sustento, ya que justamente la imposición de medidas cautelares, como ha ocurrido en el presente caso, es impedir que con el transcurso del tiempo que pueda demorar el trámite del respectivo procedimiento –en este caso un procedimiento de imposición de medida correctiva, del cual se deriva la orden- TELEFÓNICA siga afectando el bien jurídico protegido de los usuarios a recibir información y asistencia telefónica de manera eficiente y oportuna.

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 el referido Informe Complementario se menciona que la CARTA 2786 no adjuntó anexo alguno; sin embargo, remitió el ratio de llamadas que son derivadas al asesor humano respecto del total de llamadas al Call Center, detallado en el numeral 8 del mismo informe, sobre el cual la DFI menciona que si bien la información remitida muestra una considerada creciente respecto del aumento de llamadas que son derivadas a un asesor humano -entre otros- en el mes de mayo de 2022; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la imposición de la MC a TELEFÓNICA no ordenaba que la adecuación en sus sistemas se base exclusivamente a la derivación de las llamadas atendidos por el asesor virtual a un asesor humano, sino que, las llamadas cursadas al 104 o al 080011800 brinden 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 le limite por mensajes generales o de autogestión.

Así también, TELEFÓNICA, haciendo uso de su asistente virtual, debía adecuar los mensajes que brindaba la misma, 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.

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 realizados 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.

En ese orden de ideas, se encuentra acreditado que la referida empresa incumplió lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la RESOLUCIÓN 110, lo cual desvirtúa cualquier vulneración a los principios invocados por la referida empresa en sus Descargos, en tanto los incumplimientos detectados están debidamente sustentados.

1.3 Sobre la aplicación de la Razonabilidad en el presente PAS. -

TELEFÓNICA manifiesta que, bajo el actual enfoque del TUO de la LPAG basado en el paradigma de la regulación responsiva, 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.

Añade que, la DFI tiene un claro objetivo preventivo, por lo que su pretensión en el presente procedimiento debería apuntar al aseguramiento de la adopción de las medidas necesarias a efectos de incentivar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por parte de las empresas operadoras. Sin embargo, dichos confines de las funciones encomendadas, no se han visto materializadas en el presente caso.

Al respecto, la referida empresa indica que habría realizado las siguientes acciones:

- (i) Habría desplegado esfuerzos y recursos económicos, humanos e informáticos a fin de dar cumplimiento a la Medida Cautelar.
- (ii) Las observaciones detectadas no resultan representativas ni obedecen a una decisión empresarial, frente al total de recursos destinados e en el marco de la implementación de las regulaciones sectoriales relativas a la prestación del servicio a clientes, lo cual demuestra los importantes esfuerzos desplegados y compromiso asumidos por su representada.
- (iii) No se ha generado ningún tipo de efecto perjudicial en los usuarios ni al mercado de telecomunicaciones, toda vez que se pudo cumplir con los objetivos regulatorios, así como que los usuarios han contado el acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones de voz en todo momento y para dar atenciones a su consultas y solicitudes.

Finalmente, la referida empresa señala que, a partir del análisis de razonabilidad, queda evidenciado que la decisión de iniciar el presente procedimiento, así como continuarlo hasta la imposición de una medida sumamente gravosa en contra de TELEFÓNICA, no se ajustaría a los requisitos exigidos por el TUO de la LPAG en tanto no es adecuada, necesaria ni proporcional, por lo que solicita el archivo definitivo del PAS.

Con relación al nuevo enfoque de regulación responsiva aludido por TELEFÓNICA, corresponde señalar que esta Instancia coincide con TELEFÓNICA en que es importante contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas en caso de la ocurrencia de infracciones. Sin embargo, estas herramientas que son situadas por Braithwaite





en una pirámide (Pyramid Enforcement), no constituyen una estructura rígida, sino que funciona de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias concretas.

Al respecto, si bien algunos autores entienden la pirámide de Braithwaite como un listado de pasos a seguir en el orden estrictamente establecido, lo cierto es 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.

En cuanto a las supuestas acciones realizadas por TELEFÓNICA y sus máximos esfuerzos y recursos económicos, humanos e informativos que habría desplegado, a efectos de dar cumplimiento a la MC impuesta mediante RESOLUCIÓN 110, nos remitimos el análisis efectuado en el numeral 1.2 del presente pronunciamiento.

Sin perjuicio de ello, es posible advertir una conducta negligente por parte de la empresa operadora, toda vez que no habría tomado las medidas necesarias de manera oportuna, con la finalidad de dar estricto cumplimiento a las obligaciones establecidas en los numerales 1) y 2) de la MC, lo cual desvirtúa lo alegado por TELEFÓNICA, respecto a que habría desplegado esfuerzos y recursos (económicos, humanos e informáticos), a fin de dar cumplimiento a sus obligaciones.

Ahora bien, en cuanto a la presunta vulneración al Principio de Razonabilidad, cabe indicar que, el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. No obstante, señala que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando determinados criterios de graduación.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el Principio de Proporcionalidad está estructurado por tres sub principios: i) Idoneidad o de adecuación³²; ii) Necesidad³³, y; iii) Proporcionalidad³⁴ en sentido estricto.

En virtud de ello corresponde evaluar si el inicio del presente PAS consideró todas las posibilidades fácticas (Idoneidad, Necesidad y proporcionalidad):

³² Consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio – fin.

³³ Se analiza si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos que lo sean de menor intensidad. Se trata de la relación medio – medio comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

³⁴ Consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización a fin del fin constitucional y la intensidad de la intervención.





- ✓ **Sobre el Juicio de adecuación**, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado.

En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que, de imponerse la sanción, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones. En otros términos, la sanción tiene un efecto disciplinador.

Con relación al artículo 28 del RGIS, es preciso indicar que, se aprecia que la obligación dispuesta en el numeral 1 del artículo 1° de la Medida Cautelar buscaba que la empresa adecúe su sistema de información y asistencia en sus canales telefónicos 104 y 080011800, a fin de garantizar una atención eficiente a sus abonados, pues lo contrario, trae como consecuencia el incumplimiento del artículo 37 del TUO de las Condiciones de Uso. Al respecto, en el presente caso, se ha verificado que TELEFÓNICA incumplió la obligación citada afectando a la totalidad de sus abonados, puesto que no ha cumplido con adecuar su sistema de información y asistencia, de modo que el servicio que ofrezca sea eficiente. En ese sentido, contrario a lo indicado por la administrada, el incumplimiento detectado en el presente caso sí resulta representativo.

En esa línea, es importante tener presente la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, dado que, en el presente caso se han lesionado los derechos de los abonados, de recibir una atención eficiente a través del sistema de información y asistencia de la empresa operadora permitiendo 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, por ello garantizar la atención eficiente de su sistema de información y asistencia es relevante siendo importante que sea ejecutada por parte de la empresa operadora, para lo cual deberá también capacitar a su personal, realizar la implementación de sus sistemas y procesos, entre otros.

En efecto, en cuanto al propósito represivo de la norma, el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 28 del RGIS, incide de forma directa –en el presente caso– en una **afectación al derecho del abonado o usuario al acceso de manera rápida y sobre todo oportuna a los servicios de información y asistencia de las empresas operadoras, a través del canal de atención telefónico, derecho que permite a quienes hacen uso del mismo, llevar un correcto seguimiento de las solicitudes, reportes, consultas y/o reclamos que presenten ante las empresas operadoras, lo cual desvirtúa lo alegado por TELEFÓNICA que no se habría generado ningún tipo de efecto perjudicial al usuario o servicio de telecomunicaciones.**

En ese sentido, la deficiencia en la atención a través del canal telefónico de la empresa operadora genera una afectación directa en el usuario, como ha quedado evidenciado en el presente caso, puesto que, durante la llamada al servicio de información y asistencia del canal telefónico, no se permitió al usuario explicar su problema con el servicio, o su disconformidad con la





atención recibida; manifestando que la atención brindada no resolvió su consulta o solicitud, o recibió mensajes con información general que no tienen conexión directa con el motivo que originó la llamada.

A partir de ello, el inicio del presente PAS tiene como fin disuadir a la referida empresa, a fin de que en adelante sea más cautelosa en el cumplimiento del marco normativo exigido; asimismo, la imposición de una multa en este caso tiene también una finalidad represiva, en tanto la conducta infractora supuso una vulneración a la protección de los derechos de los usuarios que se pretende garantizar.

Tomando ello en cuenta, el inicio del PAS por el incumplimiento del Artículo 1° de la RESOLUCIÓN 110, se encuentra justificado en la relevancia del bien jurídico protegido, así como en el hecho que el incumplimiento imputado detectado en el Expediente de Supervisión se deriva de una orden explícita determinada por el Regulador a través de una medida cautelar impuesta ante la evidencia de incumplimientos previos, sin que TELEFÓNICA haya acreditado haber adecuado su conducta a efectos de garantizar el cumplimiento del artículo 37 del TUO de las Condiciones de Uso.

A partir de lo descrito, 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 antes mencionada.

- ✓ **Sobre el 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.

Al respecto, tal como ha sido indicado previamente, en el presente PAS ha quedado acreditado que TELEFÓNICA incurrió en la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, conducta que constituye infracción muy grave conforme a la calificación efectuada, en aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas.

Adicionalmente a ello, corresponde tener en consideración que si bien en el presente caso no se presentan elementos objetivos que permitan demostrar la existencia de intencionalidad, es de reiterar que sí se advierte una conducta negligente por parte de TELEFÓNICA, toda vez, que a pesar del inicio del Procedimiento de imposición de Medida Correctiva tramitado en el expediente N° 00005-2022-GG-DFI/MC (procedimiento principal) iniciado por el incumplimiento de la obligación recogida en el artículo 37 del TUO de las Condiciones de Uso; y de la orden cautelar impuesta a través del numeral 1 del artículo 1° de la RESOLUCIÓN 110, así como de la ampliación de plazo de quince (15) días³⁵ hábiles para el cumplimiento de lo ordenado en dicho numeral, la referida empresa no tomó las medidas necesarias con la finalidad de dar estricto cumplimiento a dicha obligación.

³⁵ Otorgado mediante Resolución N° 164-2022-DFI/OSIPTEL





Respecto de la imposición de una Alerta Preventiva –prevista en el artículo 30³⁶ del Reglamento General de Fiscalización³⁷ (Reglamento de Fiscalización) o Medidas Correctivas –reguladas en el artículo 23³⁸ del RGIS; corresponde mencionar que el objetivo de la Medida Cautelar es evitar el riesgo que pudiera derivar del tiempo en la tramitación, entre otros, del PAS principal. Asimismo, se busca solucionar las cosas de manera célere a fin de evitar afectaciones mayores o que éstas se tornen irreversibles.

En ese sentido, el incumplimiento de una MC conlleva una afectación mayor en la medida que es el incumplimiento de una orden expresa del Regulador, la misma que se genera frente a un incumplimiento inicial, tomando en cuenta el bien jurídico protegido, tal como se ha precisado anteriormente.

Con relación a las Alertas Preventivas, según lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento de Fiscalización, la misma puede ser emitida por el órgano competente para realizar las actividades de fiscalización, a fin que la entidad fiscalizada informe al OSIPTEL las acciones que adoptará para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento de la obligación fiscalizada; sin embargo, esta no hubiera resultado aplicable a este caso, toda vez que producto de las acciones de supervisión realizadas por la DFI, se detectó la comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS.

En cuanto a la imposición de una Medida Correctiva, establecida en el artículo 23 del RGIS, esta Gerencia General considera que ello no resulta factible en la medida que este PAS se sustenta en el incumplimiento de una MC emitida por este Organismo Regulador para evitar incurrir en mayores afectaciones y en atención a la gravedad de la lesión al bien jurídico protegido mencionado.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL que modificó el RGIS sugiere que la misma 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

³⁶ Artículo 30.- Alertas Preventivas

El órgano competente para realizar las actividades de fiscalización podrá emitir una Alerta Preventiva, a fin que la entidad fiscalizada informe al OSIPTEL las acciones que adoptará para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento de la obligación fiscalizada.

El OSIPTEL llevará un registro único de las Alertas Preventivas impuestas a las entidades fiscalizadas, el cual deberá contener como mínimo lo siguiente:

- a) El nombre de la entidad fiscalizada;
- b) La obligación cuyo riesgo de incumplimiento ha sido informado a la entidad fiscalizada;
- c) El número, fecha y descripción del documento que comunica la alerta preventiva;
- d) La fecha en que se comunicó la alerta preventiva a la entidad fiscalizada;
- e) Indicación si la entidad fiscalizada cumplió con dar respuesta a la alerta preventiva emitida y;
- f) El número de expediente de fiscalización.

El Registro de Alertas Preventivas actualizado será publicado en la página web del OSIPTEL.

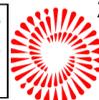
El incumplimiento de remitir la información solicitada en una Alerta Preventiva, será sancionado de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL o la norma que lo sustituya.

³⁷ Aprobado por Resolución N° 090-20215-CD/OSIPTEL y modificatorias.

³⁸ "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.





factores agravantes, siendo que los mismos no concurren el presente PAS, tal como se podrá apreciar en el numeral 3.1 de esta Resolución.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que las Medidas Correctivas tienen por objetivo corregir el incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o los contratos de concesión, y que su imposición es una facultad del OSIPTEL, la cual se utilizará según la trascendencia del bien jurídico protegido y afectado en el caso concreto; por lo que, atendiendo al daño generado al bien jurídico protegido descrito líneas arriba, se ha considerado que el inicio de este PAS resulta necesario a fin de que TELEFÓNICA asuma los costos (v.gr. administrativos, económicos, de oportunidad) de su comportamiento y adopte mejores prácticas para dar cumplimiento a la normativa.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las circunstancias bajo las cuales se dieron los incumplimientos imputados en este PAS, la no aplicación de una Medida Correctiva para dichos casos no se aparta de los parámetros del Principio de Razonabilidad, considerando que se adoptará la medida administrativa que resulte proporcional a los fines que se pretende alcanzar a fin de que la empresa operadora ajuste su conducta al cumplimiento del marco normativo.

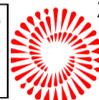
En razón de lo anteriormente expuesto, se verifica que no resulta factible la adopción de medidas menos gravosas como plantea TELEFÓNICA, en virtud de lo cual esta Instancia considera que el inicio del presente PAS y la imposición de una sanción por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, supera el juicio de necesidad.

Por último, con relación al **juicio de proporcionalidad**, este criterio busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, vinculándose este parámetro con el juicio de necesidad analizado precedentemente.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que efectivamente se cumple en el inicio del 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 el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28 del RGIS.

Asimismo, se busca generar un incentivo para que dicha empresa operadora evite seguir incumpliendo lo dispuesto en el referido artículo; por lo que, la medida dispuesta por la DFI resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar.

Por tanto, los argumentos planteados por TELEFÓNICA no desvirtúan el análisis de razonabilidad realizado, teniendo en cuenta que el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan que el inicio del mismo se ajusta a una medida idónea, necesaria y proporcional.

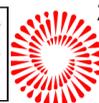




2. RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. -

Una vez determinada la comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, corresponde se evalúe si en el presente caso, se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG, como en el artículo 5 del RGIS:

- 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 haya producido como consecuencia del cumplimiento de un deber u obligación 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 citado eximente de responsabilidad en este caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento, se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento detectado se produjo a su vez por el 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 generó por un 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 administrativo, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255 del TUO de la LPAG: Al respecto, la subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad. Por ello, a efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:
 - TELEFÓNICA deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó y 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.





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, Nieto³⁹ - 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.

Asimismo, es importante 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. Serán en estos últimos casos, donde la subsanación no resultará posible y, por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

Sin perjuicio de lo señalado, podría darse el caso de incumplimientos que hasta la fecha de su cese no hayan generado un efecto concreto, en cuyo caso no resulta exigible la reversión de efectos, aplicándose el eximente de responsabilidad prevista en el TUO de la LPAG, en tanto concurren los demás requisitos previstos para ello.

En el presente caso, en línea con lo señalado en el **Informe Final de Instrucción**, se tiene que, con relación al requisito del cese de la conducta infractora, debe señalarse que, hasta la fecha de emisión del presente pronunciamiento, TELEFÓNICA no ha acreditado el cese de la misma.

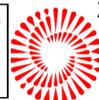
En esa línea, carece de objeto pronunciarnos sobre los otros supuestos necesarios para la configuración de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en tales casos; en tanto, no concurren las circunstancias para su configuración.

En atención a lo expuesto, esta Instancia considera que no procede la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG.

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN. -

3.1 Respetto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG

³⁹ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.





A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por la infracción administrativa evidenciada, se debe tomar en cuenta la Metodología de Cálculo de Multas⁴⁰ y, los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción 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 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 se encuentra también referido en el numeral 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, la metodología para la estimación de una multa a ser impuesta a una empresa operadora que incumpla con lo establecido en una Medida Cautelar, se basa en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener TELEFÓNICA como consecuencia de la comisión de dicha conducta infractora, constituido por los costos evitados o no asumidos por la empresa operadora para cumplir con la adecuación de sus sistemas de información y asistencia a fin de brindar una atención eficiente a sus usuarios y abonados.

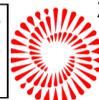
En esa línea, en este caso en particular, el beneficio ilícito estimado, por el incumplimiento del numeral 1 del artículo 1 de la RESOLUCIÓN 110, está constituido por: (i) el costo evitado⁴¹ que debe asumir la empresa para satisfacer la demanda de llamadas generadas por los usuarios y abonados y, (ii) el costo evitado⁴² para proporcionar los equipos necesarios para la atención al usuario o abonado.

Por otro lado, para estimar el beneficio ilícito por no cumplir con lo estipulado en el numeral 2 del artículo 1 de la RESOLUCIÓN 110, se utiliza la metodología de multas asociadas a infracciones por incumplir el literal a) del artículo 7 del RGIS. De acuerdo a esta metodología, el beneficio ilícito obtenido por la empresa operadora, se aproxima empleando el valor promedio del histórico de las multas aplicadas por esta infracción.

⁴⁰ Aprobada por el Consejo Directivo del OSIPTEL mediante la Resolución 229-2021-CD/OSIPTEL.

⁴¹ Para estimar el costo evitado en mención se usó el parámetro Salar establecido en la Metodología de Cálculo de Multas.

⁴² Para calcular dicho costo evitado se empleó el parámetro Equip establecido en la Metodología de Cálculo de Multas.





Asimismo, es necesario precisar que, para determinar dicho valor promedio se debe tener en cuenta la tabla de graduación de multas, la cual se encuentra en función del: (i) tamaño de la empresa (medido a través de su facturación o ingresos que percibe durante el ejercicio anterior al acto de supervisión) y (ii) grado de afectación, que para este caso es alto, puesto que la documentación remitida por TELEFÓNICA no acreditó la realización de las adecuaciones dispuestas en el numeral 1 del artículo 1° de la MC.

Ahora bien, el valor estimado del beneficio ilícito (por incumplimiento de cada uno de los numerales 1 y 2 de la RESOLUCIÓN 110) es evaluado, para cada numeral infringido⁴³, a valor presente y ponderado por una ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora, la cual se detallará en el literal siguiente.

Por último, los valores de las multas estimadas, para cada uno de los numerales infringidos, se adicionan para, con ello, determinar la multa estimada total⁴⁴.

(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 este caso, en línea con lo indicado por el Órgano Instructor, esta Instancia considera que la probabilidad de detección es alta, dado que se verifica a una fecha determinada de cumplimiento, debido a que la información remitida por la empresa operadora en el marco de las supervisiones realizadas para esta obligación en particular, depende en gran medida de la disponibilidad de la información que la empresa operadora pueda proporcionar.

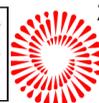
(iii) Naturaleza y gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

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.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 28 del RGIS, TELEFÓNICA habría incurrido en una infracción administrativa calificada muy grave, conforme se calificó en aplicación de la “Metodología de Cálculo de Multas”, por cuanto incumplió lo dispuesto en el numeral 1 y 2 del artículo 1° de la Medida Cautelar, obligación vinculada al incumplimiento de lo dispuesto

⁴³ Numerales 1 y 2 del Artículo 1 de la Resolución N° 00110-2022-DFI/OSIPTEL.

⁴⁴ Cabe resaltar que, al monto total de la multa estimada se le multiplica por el Factor de Actualización de Medidas Cautelares (FACM) menos uno (1) (FACM-1).





en el artículo 37 del TUO de las Condiciones de Uso, por lo que es pasible de ser sancionada con una multa entre 151 y 350 UIT, según lo establecido en el artículo 25 de la LDFF.

Debe tenerse en cuenta que las Medidas Cautelares se dictan de manera provisoria y accesoria, y que tienen como objetivo asegurar la eficacia de la resolución final frente al riesgo que pudiera derivarse del tiempo en la tramitación del procedimiento principal, buscando prevenir el peligro en la dilación. Materialmente están dirigidas a garantizar la existencia de un derecho o bien jurídico que se estimaría podría sufrir menoscabo por la referida dilación, siendo que constituyen instrumentos para tutelar el interés público, a la vez que persiguen reestablecer el ordenamiento jurídico, provisionalmente, respecto de una situación que se reputa antijurídica.

Bajo ese contexto, el presente PAS se sustenta en el hecho que TELEFÓNICA no cumplió con lo ordenado en la MC, lo que ha configurado la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS.

Cabe acotar que la MC, tenía como objetivo que TELEFÓNICA adecúe su sistema de información y asistencia por el canal telefónico 104 y 080011800, de tal forma que garantice una atención eficiente a sus abonados conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del TUO de las Condiciones de Uso, ello a fin de evitar mayores incumplimientos de lo dispuesto en el referido artículo.

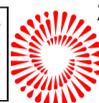
El objeto del artículo en mención es la atención a través de un número telefónico libre de costo, a fin de orientar y atender a sus abonados y usuarios. Es un medio vital para la absolución de consultas y atención de reclamos y reportes de avería; toda vez que permite al usuario o abonado absolver las dudas que pueden surgir de la falta de conocimiento en términos técnicos, legales, facturación, entre otros, así también para presentar sus reclamos o reportar cualquier problema con su servicio, tan solo con hacer una llamada, sin necesidad de acudir a un centro de atención presencial, haciendo que cualquier trámite se resuelva de manera oportuna y rápida y cumpla con que:

- (i) sea libre de costo,
- (ii) se encuentre disponible durante el periodo mínimo normativamente establecido y
- (iii) resulte eficiente para los intereses de los usuarios y/o abonados.

No obstante, en el presente caso, se advierte que el no haber ejecutado la obligación establecida en el numeral 1 del Artículo 1° de la MC impacta directamente en la totalidad de sus abonados. Asimismo, no cumplió con lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 1° de la MC, lo que impacta en el desarrollo de las actividades de fiscalización tendientes a verificar el cumplimiento de la referida medida.

(iv) Magnitud del daño causado, 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, se analiza en consecuencia el daño causado entendido como daño o perjuicio de tipo económico, únicamente.

Si bien, no existen elementos objetivos que permitan cuantificar el perjuicio económico causado; no debe perderse de vista que, con el incumplimiento detectado se afecta directamente a todos los abonados y/o usuarios de la empresa operadora.

No debe dejarse de lado, además, que obligación prevista en el numeral 1 del artículo 1° de la Medida Cautelar buscaba que el usuario o abonado pueda acceder de manera más rápida y oportuna a los servicios de información y asistencia de la empresa operadora, para que pueda realizar cualquier consulta, reclamo o reporte de avería de manera sencilla, desde cualquier lugar, sin tener que acudir a un centro de atención presencial. Asimismo, el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 1° de la Medida Cautelar, impacta en el desarrollo de las actividades de fiscalización tendientes a verificar el cumplimiento de la referida medida.

(v) Reincidencia en la comisión de la infracción:

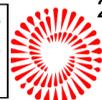
En el presente caso, corresponde indicar que no se ha configurado la reincidencia en el presente PAS, en los términos establecidos en el literal e) del inciso 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, y en el artículo 18 del RGIS.

(vi) Circunstancias de la comisión de la infracción:

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

En ese sentido, debe precisarse que, conforme con el Informe de Supervisión, se detectó que TELEFÓNICA no adecuó su sistema de información y asistencia del canal telefónico 104 y 0080011800 con lo cual incumplió la Medida Cautelar, incurriendo de esta forma en la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS. Asimismo, no cumplió con lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 1° de la Medida Cautelar, lo que impacta en el desarrollo de las actividades de fiscalización tendientes a verificar el cumplimiento de la referida medida.

Adicionalmente a ello, es importante tener en consideración que se advierte una conducta negligente en la empresa operadora, toda vez, que a pesar del inicio del Procedimiento de Imposición de Medida Correctiva N° 00005-2022-GG-DFI/MC (procedimiento principal) iniciado por el incumplimiento de la obligación recogida en el artículo 37 del TUO de las Condiciones de Uso; y de la orden cautelar impuesta a través del numeral 1 del artículo 1° de la Medida Cautelar impuesta, TELEFÓNICA no tomó las medidas necesarias con la finalidad de dar estricto cumplimiento a su obligación normativa.





En ese sentido, se advierte que la referida empresa no actuó de manera diligente respecto a la infracción imputada en el presente PAS, toda vez que a pesar de conocer la obligación dispuesta en el artículo 28 del RGIS, se verificaron incumplimientos.

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

En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción. Sin embargo, se advierte una actitud negligente de parte de TELEFÓNICA para adecuar su comportamiento a la normativa vigente.

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 específico los criterios referidos al beneficio ilícito y probabilidad de detección) reconocidos en el TUO de la LPAG; esta Instancia considera que TELEFÓNICA incurrió en la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 28 del RGIS, al haber incumplido lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Artículo 1° de la Resolución N° 110-2022-DFI/OSIPTTEL, en ese sentido corresponde **SANCIONAR** a TELEFÓNICA con **350⁴⁵ UIT**.

3.2 RESPECTO DE LOS FACTORES ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD.

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:

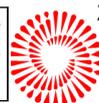
- Si iniciado un PAS, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.
- Otros que se establezcan por norma especial.

Así, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18 del RGIS, modificado por Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTTEL, 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 y la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa.

Dichos factores -según el mencionado artículo- se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en el TUO de la LPAG:

- **Respecto del reconocimiento de la responsabilidad:** De lo actuado en el presente Expediente, se advierte que TELEFÓNICA no ha presentado el reconocimiento expreso y por escrito de la responsabilidad por la comisión de la infracción imputada. En tal sentido, no corresponde la aplicación del referido atenuante.
- **Sobre el cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa:** Conforme a lo señalado en el numeral 2, capítulo II) de

⁴⁵ Considerando que la multa estimada asciende al monto de 426 624,4 UIT; por lo cual, se reconduce la multa al monto máximo establecido para las infracciones muy graves.





la presente Resolución, debe indicarse que, no se ha acreditado el cese de la conducta infractora para la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, por cuanto incumplió lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 1° de la Medida Cautelar. En tal sentido, no corresponde por este extremo reducir la sanción.

- **En cuanto a la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa:** Sobre el particular, en línea con lo indicado por la DFI en el Informe Final de Instrucción, no se ha acreditado la reversión de todo efecto derivado de la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, por cuanto incumplió lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 1° de la Medida Cautelar. En tal sentido, no corresponde por este extremo reducir la sanción.

3.3 Capacidad económica del sancionado:

El artículo 25 de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el diez por ciento (10 %) de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, la multa a imponerse no debe exceder el diez por ciento (10 %) de los ingresos percibidos por TELEFÓNICA en el año 2021 (considerando que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2022).

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 General de Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

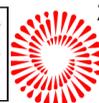
SE RESUELVE:

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.

Artículo 3°. - 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 General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias.

Artículo 4°.- Notificar la presente Resolución a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**, así como el anexo que contiene el cálculo de la multa impuesta.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Artículo 5º.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe) y en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL

