

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
CC	:	GUSTAVO RICARDO VILLEGAS DEL SOLAR ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 264-2023-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00161-2022-GG-DFI/PAS
FECHA	:	2 de octubre de 2023

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



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 264-2023-GG/OSIPTEL, que sancionó a dicha empresa con dos multas de 91 UIT y 9,4 UIT, respectivamente, por el incumplimiento del artículo 25 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹ (en adelante, RGIS), al haberse verificado que habría incumplido con los artículos 1 y 3 de la Medida Correctiva impuesta mediante Resolución N° 377-2021-GG/OSIPTEL, en tanto:

- (i) No implementó las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del artículo 15 del Reglamento de Calidad de la Atención a Usuarios por parte de las Empresas Operadoras de Servicios de Telefonía Fija y Servicios Públicos Móviles² (en adelante, RCAU) en lo que respecta al indicador de calidad "Rapidez en Atención por Voz Humana" (en adelante, AVH) en su 1er y 2do tramo.
- (ii) No cumplió con registrar o contar con información que permita identificar la fecha y hora de los dos (2) momentos o instantes de tiempo en todas las llamadas realizadas por los usuarios a su servicio de atención telefónica, independientemente de la plataforma tecnológica utilizada.

II. ANTECEDENTES

- 2.1 El 8 de noviembre de 2022, a través de la carta N° C. 02739-DFI/2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de la siguiente infracción:

Conducta Imputada	Tipificación	Calificación
No haber implementado las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del artículo 15 del RCAU en lo que respecta al indicador AVH en su 1er y 2do tramo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución N° 377-2021-GG/OSIPTEL.	Artículo 25 del RGIS	Grave
No registrar o contar con información que permita identificar la fecha y hora de los 2 momentos, en todas las llamadas realizadas por los usuarios a su servicio de atención telefónica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Resolución N° 377-2021-GG/OSIPTEL.		Leve
Presentar fuera de plazo el cronograma de ejecución de las medidas y/o acciones requeridas en los artículos 1 y 3, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Resolución N° 377-2021-GG/OSIPTEL.		Leve

- 2.2 A través de la carta N° TDP-4552 -AR-ADR-22, recibida el 28 de noviembre de 2022, luego de la ampliación de plazo otorgada, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
- 2.3 Posteriormente, a través de la carta N° C. 00106-GG/2023 del 8 de febrero de 2023, la Primera Instancia notificó a TELEFÓNICA el Informe N° 021-DFI/2023 (Informe Final de Instrucción), otorgándole cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.

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

² Aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 127-2013- CD/OSIPTEL y modificatorias.



No obstante, la empresa operadora no presentó descargos al Informe Final de Instrucción.

- 2.4 Mediante la Resolución N° 264-2023-GG/OSIPTEL, notificada el 31 de julio de 2023, la Primera Instancia resolvió lo siguiente:

Conducta Imputada	Tipificación	Resolutivo
No haber implementado las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del artículo 15 del RCAU en lo que respecta al indicador AVH en su 1er y 2do tramo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución N° 377-2021-GG/OSIPTEL.	Artículo 25 del RGIS	91 UIT
No registrar o contar con información que permita identificar la fecha y hora de los 2 momentos, en todas las llamadas realizadas por los usuarios a su servicio de atención telefónica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Resolución N° 377-2021-GG/OSIPTEL.		9,4 UIT
Presentar fuera de plazo el cronograma de ejecución de las medidas y/o acciones requeridas en los artículos 1 y 3, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Resolución N° 377-2021-GG/OSIPTEL.		ARCHIVAR

- 2.5 El 21 de agosto de 2023, mediante la carta N° TDP/3543-AR-ADR-23, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 264-2023-GG/OSIPTEL.
- 2.6 Posteriormente, a través de la Resolución N° 304-2023-GG/OSIPTEL de fecha 31 de agosto de 2023, la Primera Instancia encauzó de oficio el escrito de fecha 21 de agosto de 2023, a fin de que se le dé el trámite de Recurso de Apelación, toda vez que los argumentos formulados por TELEFÓNICA constituyen una materia de puro de derecho que no corresponde ser analizada en el marco de un Recurso de Reconsideración.
- 2.7 Mediante Memorando N° 322-GG/2023, del 1 de septiembre de 2023, la Primera Instancia elevó a la Secretaría del Consejo Directivo el Recurso interpuesto por TELEFÓNICA.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

4.1 Sobre la naturaleza del Recurso de Reconsideración

TELEFÓNICA argumenta que la autoridad debería tener en cuenta la integridad de las circunstancias fácticas y jurídicas al momento de resolver un Recurso de Reconsideración. En ese sentido, la empresa operadora manifiesta que la Primera Instancia debería considerar la totalidad de los fundamentos de su Recurso, así como la nueva prueba que lo sustentaría.

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



Respecto a lo argumentado por TELEFÓNICA, primero, corresponde señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 219 del TUO de la LPAG, el Recurso de Reconsideración exige la presentación de nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado, tal como se aprecia a continuación:

“Artículo 219.- Recurso de reconsideración

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

Con relación al criterio sobre la nueva prueba como requisito de procedencia del Recurso de Reconsideración, cabe indicar que el Consejo Directivo, a través de la Resolución N° 169-2022-CD/OSIPTEL, estableció como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

“Los documentos presentados como nueva prueba que, en realidad, no tengan por objeto desvirtuar lo resuelto por la Primera Instancia respecto a los hechos y fundamentos jurídicos que condujeron a adoptar la decisión impugnada, sino que se trata, por ejemplo, de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad; no deberán ser considerados como nuevas pruebas y, en consecuencia, las alegaciones respaldadas en estas no podrán ser evaluadas con motivo del Recurso de Reconsideración.

No obstante, la referida Instancia deberá encauzar el escrito para pronunciamiento de la Segunda Instancia, en tanto un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un recurso de apelación”.

Siendo ello así, corresponde señalar que el Recurso de Reconsideración está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente. Por tanto, es menester precisar que no resultan pertinentes como nueva prueba aquellos documentos que pretendan cuestionar argumentos sobre hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la autoridad; dado que, éstos no se refieren a un nuevo hecho, sino a una discrepancia con el pronunciamiento emitido por la Primera Instancia.

Bajo tales consideraciones, se advierte que los documentos desestimados como nueva prueba no se refieren a un nuevo hecho no evaluado, lo cual no se condice con la naturaleza del Recurso de Reconsideración previsto en el artículo 219 del TUO de la LPAG.

4.2 Sobre la aplicación del Reglamento de Calidad de Atención

TELEFÓNICA señala que se le estaría sancionando en tanto no habría cumplido con la Medida Correctiva impuesta en aplicación de las metodologías de medición establecida en el RCAU. Bajo dicho contexto, agrega que, para el caso de la atención vía telefónica, la empresa cuenta con la implementación de un mecanismo de atención vía inteligencia artificial denominada “AURA”, el cual no se encontraría regulado en la normativa imputada.



Aunado a ello, la empresa operadora señala que en la Exposición de Motivos del RCAU se detalla de manera expresa que la anotada normativa tendría como objeto establecimiento de metodologías y metas para las atenciones telefónicas vía la Respuesta de Voz Interactiva (IVR) con un menú de opciones, más no otro tipo de atenciones en base a otras tecnologías.

Además, la empresa operadora manifiesta que los indicadores de calidad regulados para la atención a través de los canales telefónicos, tendrían como objeto canales de atención que usan mecanismos de respuesta automática en un sistema de menús con una estructura estática previamente definida, por lo que solicita que la imputación sea dejada sin efecto y se excluya -de manera expresa- del presente procedimiento, así como de sus alcances, al sistema de atención vía asistente virtual por inteligencia artificial "AURA".

Sobre el particular, primero, es necesario traer a colación el hecho de que en el marco de la tramitación del Expediente N° 00005-2020-GG-DFI/MC, se le impuso a TELEFÓNICA la Medida Correctiva (cuyo incumplimiento es materia de imputación del presente PAS) a fin de que implemente las acciones necesarias que garanticen el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del RCAU, en lo referido al cálculo del indicadores de calidad AVH1 y AVH2, por canal de atención telefónico, con independencia del tipo de la plataforma y/o la solución tecnológica que lo soporte.

De la revisión de los actuados en el referido expediente se advierte que, el 7 de octubre de 2021, TELEFÓNICA fue notificada con la Resolución N° 377-2021-GG/OSIPTEL (la cual no fue impugnada y por tanto constituye acto firme) que señalaba expresamente que: *"la plataforma AURA sí constituye un sistema IVR convencional (marcado de opciones), puesto que, durante la etapa de supervisión se detectó que el sistema de inteligencia artificial AURA ofrece respuestas automáticas y se establecen menús de opciones previamente configurados por los usuarios, lo cual no contraviene lo establecido por la Exposición de Motivos del REGLAMENTO"*⁴.

Al respecto, es menester incidir en que la DFI, como Órgano Instructor, a través del Informe N° 209-DFI/2021, concluyó que el uso del IVR ofrece diversas opciones que son seleccionadas por los usuarios mediante la marcación de los dígitos telefónicos, siendo que se puede advertir que el sistema virtual de AURA también contiene un menú de opciones las cuales son elegidas por medio de la voz del usuario. Además, como es de conocimiento de TELEFÓNICA⁵, se indicó que las estructuras de los menús de un IVR pueden ser permanentes o estáticos dependiendo del comportamiento de los usuarios o de las necesidades de gestión interna de la empresa.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester señalar que el artículo 1 del RCAU señala que la referida norma establece las condiciones mínimas y los indicadores de calidad de atención a usuarios a ser aplicados por las empresas operadoras de los servicios de telefonía fija y servicios públicos móviles, con el fin de garantizar estándares mínimos de atención en los trámites que realicen los usuarios. Además, respecto al indicador AVH, el Anexo E del RCAU ha precisado que el objetivo del mismo es propiciar la mejora en el servicio de información y asistencia telefónica a través de una rápida atención de las llamadas de los usuarios.

⁴ Pp. 13 -14 de la Resolución N° 377-2021-GG/OSIPTEL

⁵ El Informe N° 209-DFI/2021 le fue notificado a la empresa operadora con fecha 7 de octubre de 2021.



En razón a ello, esta Oficina considera necesario remitirse a la Exposición de Motivos de la precitada norma, en tanto ésta define los indicadores de calidad que le son aplicables. Así, es preciso resaltar que, respecto al indicador de Rapidez en Atención por Voz Humana, contrariamente a lo alegado por TELEFÓNICA, si bien se hace alusión a los mecanismos de respuesta automática (IVR), el mismo no se encuentra circunscrito a la utilización de una tecnología específica; sino al cumplimiento de los cuatro (4) momentos establecidos en el RCAU.

Por lo expuesto, esta Oficina coincide con el análisis efectuado por la Primera Instancia, por lo que corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

4.3 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

TELEFÓNICA manifiesta que el Principio de Razonabilidad, recogido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, reconoce la exigencia de ponderación, proporcionalidad y minimización de impactos negativos, aplicable a toda actuación de las entidades de la Administración Pública que suponga la imposición de una carga o gravamen a los administrados, y en virtud de la cual las decisiones que éstas emitan, deberían adoptarse dentro de los límites de la facultad que les ha sido atribuida.

En razón de ello, la empresa operadora manifiesta que el precitado Principio constituiría un postulado que racionaliza la actividad sancionadora de la Administración, siendo que correspondería a la autoridad optar –al momento de imponer un gravamen o carga al administrado- por aquella alternativa que resulte estrictamente proporcional y adecuada a los fines públicos que el ordenamiento protege.

En esa línea, la empresa operadora hace referencia a distintos pronunciamientos⁶ del OSIPTEL emitidos en la tramitación de expedientes PAS, mediante los cuales el Consejo Directivo determinó la revocación de las multas impuestas por la Primera Instancia, en tanto en dichos expedientes habría existido la posibilidad de imponer una medida menos gravosa en lugar de una sanción administrativa.

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

En ese sentido, resulta necesario señalar que la Primera Instancia ha desarrollado con claridad los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad que constituyen el Test de Razonabilidad, para determinar que, en el caso particular, se expusieron los hechos que determinaron la comisión de la infracción y la fundamentación jurídica que sustenta el inicio del PAS, así como la sanción pecuniaria impuesta. De este modo, el hecho de que TELEFÓNICA no comparta los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 264-2023-GG/OSIPTEL, no significa que los mismos no se encuentren debidamente motivados o ajustados a derecho.

⁶Resoluciones N° 092-2017-CD/OSIPTEL, N° 151-2018-CD/OSIPTEL, N° 150-2018-CD/OSIPTEL, N° 100-2018-CD/OSIPTEL y N° 047-2018-CD/OSIPTEL.



Cabe señalar que, respecto al enfoque de regulación responsiva, esta Oficina coincide con el hecho de que la Administración Pública debe contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas ante el incumplimiento de obligaciones por parte de los administrados; sin embargo, dichas herramientas no constituyen una estructura rígida, sino que funcionan de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias que presente determinado caso en particular.

Ahora bien, es pertinente precisar que, si bien es cierto que el OSIPTEL, en determinados PAS, se ha pronunciado favorablemente respecto a la aplicación de una medida menos gravosa respecto a incumplimientos de otras obligaciones, ello no obliga a este Organismo Regulador a actuar de la misma manera en todos los casos en que el administrado la solicita; siendo que la determinación de la sanción debe analizarse en función de las particularidades de cada expediente, sin que esto implique una vulneración al Principio de Predictibilidad o de Razonabilidad.

En ese sentido, es menester señalar que los pronunciamientos emitidos por el Consejo Directivo -aludidos como antecedentes por la empresa operadora- trataban de obligaciones distintas cuyas particularidades no se condicen con la conducta analizada en el Expediente de Supervisión N° 221-2021-DFI y, consecuentemente, con el objeto del presente PAS.⁷

De otro lado, cabe señalar que, en el marco del análisis del Principio de Razonabilidad, la Primera Instancia, en opinión que comparte esta Oficina, determinó que el PAS resultaba ser el medio idóneo frente a la imposición de otras medidas; puesto que el incumplimiento detectado se encuentra directamente relacionado a lo dispuesto en el artículo 15 del RCAU, el cual busca garantizar el adecuado acceso y atención de usuarios en los canales de atención telefónica establecidos por TELEFÓNICA.

Asimismo, esta Oficina considera pertinente precisar que, en vista de que el bien jurídico protegido se encuentra relacionado al derecho que tienen los usuarios y/o abonados de recibir una adecuada, eficiente e idónea atención a través de los canales de atención telefónica y presencial, en el presente PAS no cabía la imposición de una medida menos lesiva, menos aún considerando que la infracción imputada proviene del incumplimiento de una Medida Correctiva.

En ese sentido, es necesario señalar que, para este caso particular, únicamente correspondía la imposición de una sanción; más aún si se ha verificado que TELEFÓNICA no había implementado las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento del indicador de calidad AVH; por lo que, para el presente caso, no cabría

⁷ De acuerdo al siguiente detalle:

Resolución de Consejo Directivo	Conducta Imputada	Tipificación
092-2017-CD/OSIPTEL	Mantener 521 CCPP rurales sin disponibilidad e incumplimiento de la continuidad del servicio en 96 CCPP.	Anexo 7 del Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad.
151-2018-CD/OSIPTEL	No haber cumplido con la entrega de información completa tres formatos del trimestre II y IV del RIA 2013.	Artículo 7 del RGIS
150-2018-CD/OSIPTEL	Remitir información inexacta en el marco de la tramitación de 11 expedientes de queja.	Artículo 9 del RGIS
100-2018-CD/OSIPTEL	Remitir información inexacta en el marco de la tramitación de 4 expedientes de queja.	Artículo 9 del RGIS
047-2018-CD/OSIPTEL	No haber cumplido con la entrega de diversos reportes de información periódica correspondientes al III y IV Trimestre del año 2014 y del I, II y III Trimestre del año 2015.	Artículo 7 del RGIS



invocar pronunciamientos anteriores como sustento para argumentar la vulneración del Principio de Razonabilidad.

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

V. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de Funciones, y Facultades del Osiptel (LDFF) las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o el procedimiento administrativo haya causado estado.

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo la sanción a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 25 del RGIS y calificada como grave en atención a la Norma que Establece el Régimen de Calificación de Infracciones del OSIPTEL corresponderá la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VI. RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente informe, esta Oficina de Asesoría Jurídica recomienda declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 265-2023-GG/OSIPTEL; y, consecuentemente, confirmar las multas impuestas.

Atentamente,

