

<b>A</b>	:	<b>RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO</b>
<b>CC</b>	:	<b>GUSTAVO RICARDO VILLEGAS DEL SOLAR ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN</b>
<b>ASUNTO</b>	:	<b>Análisis de la Resolución N° 12, emitida por Décimo Séptimo Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente Judicial N° 11951-2016-0-1801-JR-CA-17</b>
<b>REFERENCIA</b>	:	<b>Memorando N° 495-PP/2023</b>
<b>FECHA</b>	:	<b>8 de enero de 2024</b>

	<b>CARGO</b>	<b>NOMBRE</b>
<b>ELABORADO POR</b>	ABOGADO COORDINADOR	Rocío Andrea Obregón Angeles
<b>REVISADO POR</b>	ASESOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURIDICA	Gustavo Oswaldo Cámara López
<b>APROBADO POR</b>	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURIDICA	Carlos Giles Ponce



## I. OBJETO

El presente Informe tiene por objeto dar atención al mandato del Décimo Séptimo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, referido al Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), en el que cuestiona el monto de la multa impuesta por la Resolución N° 089-2016-GG/OSIPTEL, a través de la cual se le sancionó por aplicar tarifas mayores a las publicadas o puestas a disposición pública, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas (Reglamento de Tarifas), aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL.

## II. ANTECEDENTES

- 2.1. Mediante Resolución N° 089-2016-GG/OSIPTEL<sup>1</sup> del 15 de febrero de 2016, la Primera Instancia multó a TELEFÓNICA con ciento treinta y cuatro (134) UIT, por la comisión de la infracción grave prevista en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43 del Reglamento de Tarifas, al aplicar tarifas mayores a las publicadas o puestas a disposición pública.
- 2.2. El 8 de marzo de 2016, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 089-2016-GG/OSIPTEL.
- 2.3. El 12 de abril de 2016, a través de la Resolución N° 040-2016-CD/OSIPTEL, se declaró infundado el Recurso de Apelación.
- 2.4. TELEFÓNICA impugnó judicialmente la Resolución N° 040-2016-CD/OSIPTEL, a través del proceso contencioso administrativo, cuestionando, entre otros aspectos, la aplicación de la reincidencia.
- 2.5. Con fecha 29 de noviembre de 2017, el Décimo Séptimo Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró infundada la demanda en los siguientes términos:

“(…)

### III. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, e impartiendo a nombre de la Nación, esta Judicatura declara:

1. **INFUNDADA la demanda** interpuesta por **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** contra el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL**, sobre nulidad de resolución o acto administrativo.
2. *Consentida o ejecutoriada que sea la presente Sentencia, archívese definitivamente los autos. (...)*

- 2.6. Posteriormente, con fecha 16 de julio de 2019, la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, emitió la Resolución N° 6 en los siguientes términos:

<sup>1</sup> Notificada mediante carta C.00125-GCC/2016 el 16 de febrero de 2016.



“(...)

### III. PARTE RESOLUTIVA.-

Por las consideraciones antes expuestas, la Segunda Sala Contenciosa Administrativa de Lima, administrando justicia a nombre de la Nación, **REVOCARON** la **Sentencia** contenida en la Resolución Número 07, de fecha veintinueve de noviembre del año dos mil diecisiete, que declaró **infundada** la demanda, **REFORMANDOLA**, la declararon **FUNDADA EN PARTE** la demanda, en consecuencia, se declara la **NULIDAD** de la **Resolución de Consejo Directivo N° 040-2016-CD/OSIPTEL**, de fecha 12.04.2016, obrante de fojas 13 al 21 del principal, así, como la **Resolución de Gerencia General N° 00089-2016-GG/OSIPTEL** de fecha 15.02.2016 obrante de fojas 24 al 38 del principal, solo en el extremo que se resuelve sancionar y multar a la empresa demandante por reincidencia, debiendo emitirse nueva resolución administrativa respecto de la segunda conducta infractora incurrida por la demandante, conforme a lo desarrollado en la presente sentencia, sin aplicar los criterios de graduación de la sanción por reincidencia. En los seguidos por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., contra el ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES –OSIPTEL, sobre, Acción Contencioso Administrativo, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente Sentencia, devuélvase al juzgado de primera Instancia. **Notifíquese. - (...)**”

- 2.7. El 10 de octubre de 2019, el OSIPTEL presentó Recurso de Casación.
- 2.8. El 9 de agosto de 2022, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el Recurso de Casación.
- 2.9. Como consecuencia de ello, el Décimo Séptimo Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la Resolución N° 9 emitida el 23 de noviembre de 2022, dispuso que el OSIPTEL cumpla con lo ejecutoriado; razón por la que correspondía al Consejo Directivo pronunciarse -nuevamente- sobre el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA.
- 2.10. Con Memorando N° 024-OAJ/2023 de fecha 9 de enero de 2023, la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (DPRC) el cálculo de la multa por la infracción tipificada al segundo párrafo del literal (ii) del artículo 43 del Reglamento de Tarifas, al aplicar tarifas mayores a las tarifas promocionales registradas con código SIRT TPTF201300002 y TPTF201300020, en las cíclicas de enero y febrero de 2013.
- 2.11. En atención a ello, a través del Memorando N° 026-DPRC/2023 de fecha 12 de enero de 2023, la DPRC atendió el requerimiento.
- 2.12. El 1 de febrero de 2023, a través de la Resolución N° 021-2023-CD/OSIPTEL, se declaró fundado en parte el Recurso de Apelación contra la Resolución N° 089-2016-GG/OSIPTEL, ratificando el monto de la multa en 134 UIT, conforme al cálculo efectuado por la DPRC; luego de analizar los criterios de graduación de la sanción sin aplicar la reincidencia. Dicha resolución fue comunicada al Poder Judicial por la Procuraduría Pública.
- 2.13. A través del Memorando N° 495-PP/2023 del 3 de diciembre de 2023, la Procuraduría Pública comunicó a la Oficina de Asesoría Jurídica que el Décimo Séptimo Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, mediante Resolución N° 12 del 14 de noviembre de 2023, decidió tener por no cumplida la sentencia y desaprobar la Resolución N° 021-2023-CD/OSIPTEL, ordenando la emisión de



una nueva resolución sin aplicar los criterios de graduación de la sanción por reincidencia, bajo apercibimiento de multa en caso de incumplimiento.

### III. ANÁLISIS

Antes de entrar al análisis del fondo, es importante señalar que la nulidad declarada por la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, está referida sólo al extremo de la aplicación de la reincidencia en la sanción impuesta a TELEFÓNICA, confirmando la responsabilidad administrativa de dicha empresa por el incumplimiento del artículo 43 del Reglamento de Tarifas, al haberse verificado que la referida empresa aplicó tarifas mayores a las publicadas o puestas a disposición del público.

Teniendo en cuenta ello, y habiendo confirmado la responsabilidad de TELEFÓNICA en la comisión de la infracción, corresponde determinar el monto de la multa a ser aplicada, conforme a lo ordenado por el Décimo Séptimo Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Sobre el particular, es importante indicar que a través de la Resolución N° 089-2016-GG/OSIPTEL emitida el 15 de febrero de 2016, la Primera Instancia impuso una multa de 134 UIT, aplicando el régimen de reincidencia vigente entre el 5 de julio de 2013 al 20 de abril de 2017, es decir el establecido en el artículo 5 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013CD/OSIPTEL, cuyo texto establecía lo siguiente:

***“Artículo 5.- Reincidencia en la comisión de infracciones***

*El OSIPTEL, al determinar el monto de la multa a imponer a la Empresa Operadora, evalúa la existencia de reincidencia en la comisión de una misma infracción, en cuyo caso el monto de la multa será el que corresponda a la última infracción por el número de veces en que se ha determinado su existencia. El monto finalmente a imponerse en ningún caso podrá ser inferior o igual al monto de la multa impuesta para la infracción anterior.*

*En los casos en que se hubiese impuesto una amonestación como primera sanción también resultará aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior.*

*Se considera reincidencia siempre que exista resolución anterior que, en vía administrativa, hubiere quedado firme o haya causado estado; y, que la infracción reiterada se haya cometido en el plazo de dos (2) años desde la fecha en que se notificó a la Empresa Operadora la carta de inicio del procedimiento administrativo sancionador.*

*A efectos de determinar la reincidencia de infracciones, se tendrá en cuenta incluso las infracciones menos graves que habiendo sido consideradas en el concurso de infracciones no fueron tenidas en cuenta para la imposición de la sanción”.*

(Subrayado agregado)

Tal como se advierte, bajo la vigencia de la referida disposición, cuando una conducta era calificada como reincidente no se realizaba un cálculo de la multa en atención a los criterios de graduación del caso en particular, sino que la multa a ser impuesta a la nueva infracción es la que corresponda a la última infracción por el número de veces en que se ha determinado su existencia.



Multa impuesta en el expediente anterior	x	Número de veces en que se repitió el incumplimiento	=	Multa impuesta con criterio de reincidencia
--	---	---	---	---

Es en ese sentido que, a través de la Resolución N° 089-2016-GG/OSIPTEL no se realizó un cálculo de la multa por los hechos suscitados en el procedimiento (es decir, no se aplicaron los criterios de graduación establecidos en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444), sino que se tomó el monto de la multa impuesta en la Resolución N° 230-2014-GG/OSIPTEL (67 UIT), correspondiente a un procedimiento sancionador anterior por la misma infracción, y, como era la segunda vez que se determinaba la comisión de la infracción, se procedió a duplicar el monto (134 UIT).

	<b>Procedimiento Administrativo Sancionador ANTERIOR</b>	<b>Procedimiento Administrativo Sancionador CON REINCIDENCIA</b>
Expediente	00089-2012-GG-GFS/PAS	00022-2015-GG-GFS/PAS
Resolución	230-2014-GG/OSIPTEL	089-2016-GG/OSIPTEL
Multa Impuesta	<b>67 UIT</b>	Multa impuesta con criterio de reincidencia
		Multa impuesta en el expediente anterior x Número de veces en que se repitió el incumplimiento
		67 UIT x 2
		<b>134 UIT</b>

Teniendo en cuenta ello, a efecto de dar cumplimiento a lo ordenado por el Poder Judicial, respecto a imponer una multa que no contenga los criterios de reincidencia, se efectuó el cálculo del monto de la multa por los hechos suscitados en el procedimiento<sup>2</sup>, la cual ascendía



<sup>2</sup> A través del Memorando N° 026-DPRC/2023, se determinó que el monto de la multa asciende a 279 UIT, sobre la base de la cuantificación del beneficio ilícito obtenido por su conducta, el cual está compuesto por los costos evitados e ingresos ilícitos, conforme al siguiente detalle:



a 279 UIT, considerando que el beneficio ilícito asciende a S/. 1,428,075.54, el cual corresponde a los ingresos en exceso de TELEFÓNICA por aplicar una tarifa superior a 38,090 abonados<sup>3</sup>. Es importante resaltar que la orden judicial no excluyó la aplicación del resto de criterios de graduación, sino únicamente la reincidencia.

Ahora bien, la multa calculada sin aplicar la reincidencia (279 UIT) resultaba mayor a la multa impuesta a través de la Resolución N° 089-2016-GG/OSIPTEL que aplicó el régimen de reincidencia (134 UIT); por lo que, en virtud del principio de prohibición de la *reformatio in peius*, el cual prohíbe aplicar una sanción superior a la que se impuso en la resolución sancionadora, el Consejo Directivo resolvió imponer la multa de 134 UIT, a través de la Resolución N° 021-2023-CD/OSIPTEL.

No obstante, a través de la Resolución N° 12, el Décimo Séptimo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima señaló que la sentencia ordenaba al demandante emitir una nueva resolución imponiendo la sanción sin aplicar la reincidencia y, que cuando se señalaba que se “deberá proceder a una nueva evaluación atendiendo a lo resuelto”, no se refería a evaluar otros criterios de graduación.

Agrega que, en tanto en la Resolución N° 021-2023-CD/OSIPTEL se realiza una nueva calificación de los criterios de graduación e impone una nueva multa a TELEFÓNICA, corresponde al OSIPTEL volver a emitir un nuevo pronunciamiento, sin duplicar el monto de la multa (esto es, 67 UIT), en virtud de la no aplicación del factor de reincidencia.

De conformidad con el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado con Decreto Supremo N° 017-93-JUS, toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala<sup>4</sup>.

Bajo lo expuesto y, sin perjuicio de que esta Oficina no comparte el análisis realizado por el Décimo Séptimo Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, toda vez que en el presente procedimiento no ha calculado la multa específicamente

### 3. CÁLCULO DE LA MULTA

Conceptos	Montos
Costo evitado actualizado	8.6
Ingresos Ilícitos actualizado	61
<b>Beneficio ilícito actualizado</b>	<b>70</b>
<b>Multa estimada (UIT)</b>	<b>279</b>
Agravantes	-
Atenuantes	-
<b>Multa considerando atenuantes y/o agravantes (UIT)</b>	<b>279</b>
<b>Multa propuesta (UIT)</b>	<b>279</b>

<sup>3</sup> Es importante indicar los criterios de diferenciación, respecto a la multa impuesta en el Expediente N° 089-2012-GGGFS/PAS en el que se impuso una multa de 67 UIT

<sup>4</sup> Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

“Artículo 4.- Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. Esta disposición no afecta el derecho de gracia.”



por los hechos suscitados; considera que, en tanto dicho Juzgado ha señalado los parámetros para considerar cumplida la Sentencia, corresponde al Consejo Directivo modificar la sanción impuesta a TELEFÓNICA mediante Resolución N° 089-2016-GG/OSIPTEL, estableciendo la multa en 67 UIT, al haberse verificado el incumplimiento del artículo 43 del Reglamento General de Tarifas.

#### IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 089-2016-GG/OSIPTEL y, en consecuencia, MODIFICAR el monto de la multa impuesta de 134 UIT a 67 UIT, al haberse verificado el incumplimiento por parte de la empresa operadora del artículo 43 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL.

Atentamente,

CARLOS LEONIDAS GILES PONCE  
DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA  
JURIDICA  
OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA

