

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° 027-2024- GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 019-2023-GG-DFI/PAS
FECHA	:	27 de marzo de 2024

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADA ESPECIALISTA DE TEMAS REGULATORIOS	CLAUDIA GIULIANA SILVA JÁUREGUI
REVISADO Y APROBADO POR	DIRECTORA DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	KELLY SILVANA MINCHÁN ANTÓN



I. OBJETIVO

El presente Informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución de la Gerencia General N° 027-2024-GG/OSIPTEL, en el marco del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) iniciado por la comisión de las infracciones tipificadas i) en el artículo 3 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹ (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso); ii) en el artículo 9 de las Normas Especiales para la prestación del servicio de acceso a Internet Fijo² (en adelante, Normas Especiales); y, iii) en el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones³ (en adelante, RGIS).

II. ANTECEDENTES

- Mediante carta N° 471-DFI/2023 notificada el 21 de febrero de 2023, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio del presente PAS, al haberse verificado la comisión de las siguientes infracciones:

Norma Incumplida	Tipificación	Conducta Imputada	Tipo de Infracción
Numerales i) y ii) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso ⁴	Artículo 3 del Anexo 5	En 19 145 casos, correspondientes a servicios móviles, habría incumplido con ejecutar las solicitudes de baja dentro de los 5 días hábiles, en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2021 y 31 de marzo de 2022.	Grave
Artículo 8 de las Normas Especiales	Artículo 9	En 41 605, casos correspondientes al servicio de acceso a Internet fijo o servicios empaquetados con dicho servicio, no habría ejecutado las solicitudes de baja en un plazo máximo de 1 día hábil, posterior a la presentación de las mismas, en el periodo comprendido entre al 1 de octubre de 2021 al 31 de marzo de 2022	Grave
-	Literal a) del artículo 7 del RGIS	No entregó la información requerida dentro del plazo establecido, con carácter obligatorio y dentro del plazo perentorio, por la carta N° 887-DFI/2022.	Grave

- El 14 de abril de 2023, la DFI remitió el Informe N° 070-DFI/2023 (en adelante, el Informe Final de Instrucción) a la Gerencia General; el mismo que fue puesto en conocimiento de TELEFÓNICA con carta N° 264-GG/2023, notificada el 21 de abril de 2023, a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
- El 13 de noviembre de 2023, la Gerencia General emitió la Resolución N° 384-2023-GG/OSIPTEL, a través de la cual determinó lo siguiente:

Norma Incumplida	Tipificación	Conducta Imputada	Multa
Numerales i) y ii) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso	Artículo 3 del Anexo 5	En 19 145 ⁵ casos, correspondientes a servicios móviles, habría incumplido con ejecutar las solicitudes de baja dentro de los 5 días hábiles, en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2021 y 31 de marzo de 2022.	150 UIT

¹ Aprobado por Resolución N° 138-2012-CD-OSIPTEL.

² Aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 138-2020-CD-OSIPTEL.

³ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

⁴ Disposición actualmente recogida en el punto 3.1. del Anexo 8 de la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante la Resolución N° 172-2022-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

⁵ En 2 casos, se ejecutó la baja del servicio sin que los abonados lo hayan solicitado.

Artículo 8 de las Normas Especiales	Artículo 9	En 41 605 casos correspondientes al servicio de acceso a Internet fijo o servicios empaquetados con dicho servicio, no habría ejecutado las solicitudes de baja en un plazo máximo de 1 día hábil, posterior a la presentación de las mismas, en el periodo comprendido entre al 1 de octubre de 2021 al 31 de marzo de 2022	150 UIT
-	Literal a. del artículo 7 del RGIS	No entregó la información requerida dentro del plazo establecido, con carácter obligatorio y dentro del plazo perentorio, por la carta N° 00887-DFI/2022.	129,8 UIT

4. Mediante Resolución N° 027-2024-GG/OSIPTEL del 30 de enero de 2024, la primera instancia declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA.
5. Con fecha 21 de febrero de 2024, TELEFÓNICA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 027-2024-GG/OSIPTEL.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 218.2 del artículo 218 y el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁶ (en adelante, TUO de la LPAG), así como en el artículo 27 del RGIS, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las mencionadas disposiciones.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre los argumentos señalados por TELEFÓNICA en su Recurso de Apelación, esta Oficina considera lo siguiente:

4.1. Sobre la presunta vulneración al Principio de Razonabilidad. -

TELEFÓNICA indica que se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad en tanto la Primera Instancia no habría explorado alternativas menos gravosas e igual de satisfactorias que la imposición de una multa administrativa evaluando casos previos⁷.

Respecto de lo alegado por la empresa operadora, se tiene que en virtud al Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, las decisiones de las autoridades cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin que responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Asimismo, el numeral 3 del Artículo 248 del TUO de la LPAG, que regula dicho principio 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. Así, señala que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción.

En relación a lo señalado por TELEFÓNICA, en principio, es pertinente incidir en que, el presente PAS se inició i) por no ejecutar las solicitudes de baja dentro del plazo normativamente establecido, ii) por ejecutar dicha acción sin que haya sido solicitado por los abonados y, además, iii) por no remitir al Osiptel, información solicitada con carácter obligatorio y con plazo perentorio. Frente a ello, es importante resaltar que, a la fecha de

⁶ Aprobado mediante el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.

⁷ TELEFÓNICA indicó las Resoluciones N° 092-2017-CD/OSIPTEL y N° 047-2018-CD/OSIPTEL.



emisión del presente documento, la empresa operadora no ha presentado medios probatorios que consigan desvirtuar las imputaciones efectuadas por el órgano instructor y sancionadas por la Gerencia General.

Ahora bien, de la revisión de la Resolución N° 384-2023-GG/OSIPTEL, se advierte que la Primera Instancia ha efectuado la evaluación de los 3 sub principios del Test de Razonabilidad. Precisamente, ha realizado el análisis de la aplicación de medidas menos gravosas, tales como las comunicaciones preventivas, medidas de advertencia y/o medidas correctivas; concluyendo que el inicio del presente PAS, resultaba ser la medida más razonable frente a los incumplimientos imputados. Por tanto, el hecho que TELEFÓNICA discrepe con dicha evaluación, no quiere decir que el precitado acto administrativo no cumpla con los parámetros del Test de Razonabilidad, en especial en lo relativo al Juicio de Necesidad.

Por su parte, con relación a los pronunciamientos invocados por la empresa operadora, resulta importante hacer hincapié en que cada caso corresponde ser analizado en función a las diversas particularidades que presenta, por lo que no cabe trasladar automáticamente el análisis de los casos invocados por TELEFÓNICA, máxime si, de la revisión de dichas resoluciones, se advierte que hacen referencia a conductas e infracciones diferentes a las evaluadas en el presente PAS.

Para mayor detalle, sobre la Resolución N° 092-2017-CD/OSIPTEL, se tiene que el incumplimiento evaluado corresponde al artículo 19 del Reglamento de Disponibilidad Rural, eso es, incumplimiento de la continuidad del servicio en 96 centros poblados. Al respecto, la revocación de la multa de 151 UIT se sustentó en el cambio en la obligación de continuidad del Reglamento de Cobertura vigente hasta diciembre de 2013. Asimismo, cabe indicar que, en los CCPP señalados, los usuarios tenían preferencia por el uso de la telefonía móvil, por lo que el incumplimiento detectado no suponía una afectación concreta para ellos.

De otro lado, en el caso de la Resolución N° 047-2018-CD/OSIPTEL se consideró que el cumplimiento de la obligación de entrega de información periódica correspondía a los primeros reportes de la empresa operadora y que la información no remitida no alteraba el análisis realizado por este Organismo, considerando la cantidad de reportes no alcanzados.

Por tanto, de la descripción de cada uno de los pronunciamientos invocados por la empresa operadora, se tiene que los mismos no contradicen lo resuelto por este Organismo en el caso particular, dado que todas las Resoluciones consideran las particularidades de cada expediente, las cuales difieren de la casuística presentada en el caso materia de análisis.

En virtud de lo expuesto, compartimos las consideraciones de la Primera Instancia, en tanto un procedimiento sancionador, por su naturaleza y finalidad, es un medio idóneo, necesario y proporcional para cautelar los bienes jurídicos e intereses protegidos -en este caso, el derecho de los usuarios a obtener la baja del servicio dentro del plazo únicamente cuando así lo soliciten y, la facultad fiscalizadora del Osiptel-, y persuadir a TELEFÓNICA que, en lo sucesivo, evite incurrir en nuevos incumplimientos similares.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos planteados por TELEFÓNICA en este extremo.

4.2. Sobre los criterios de graduación de la sanción. -

TELEFÓNICA sostiene que la Primera Instancia no habría logrado sustentar de manera adecuada los criterios para la imposición de la sanción.

Así, con relación al beneficio ilícito obtenido por el incumplimiento del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, la empresa operadora indica que, contrariamente a lo señalado



por la Gerencia General, no habría evitado costos vinculados i) al mantenimiento y mejora del sistema que ejecuta las solicitudes de migración de los abonados y, ii) a capacitar sobre la normativa, plazos y obligaciones establecidos en el artículo antes indicado; en tanto, sí habría efectuado dichas acciones

De otro lado, en cuanto a la probabilidad de detección vinculada al incumplimiento del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, TELEFÓNICA considera que debe ser muy alta, debido a que el Osiptel realiza supervisiones periódicas para verificar el cumplimiento de dicha imputación, y, además, porque la disponibilidad de la información es amplia debido a existencia de un Sistema de Monitoreo de Bajas y Migraciones.

Finalmente, en cuanto a la existencia de intencionalidad, TELEFÓNICA indica que su conducta no se ha producido por su actuar culposo o doloso.

En primer término, de la revisión de la Resolución N° 384-2023-GG/OSIPTEL, mediante la cual se sancionó a TELEFÓNICA, se advierte que la Primera Instancia evaluó: a) Los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG; esto es: el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción, entre otros; b) Los parámetros previstos en el artículo 25 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, la LDFF); y, c) La Guía de Cálculo de Multas – 2019⁸.

Respecto de lo alegado sobre el beneficio ilícito, corresponde indicar que– en el caso particular- el mismo se encuentra constituido por: (i) El costo evitado en el mantenimiento y gestión de un sistema que ejecute correctamente las solicitudes de los usuarios asociados a la baja del servicio; y, (ii) El costo evitado en la capacitación del personal sobre plazos para ejecutar las solicitudes de baja y, a su vez, ejecutar dicha baja dada la existencia de alguna solicitud por parte de los abonados o por la existencia de una deuda impaga. Adicionalmente, se consideró como parte del beneficio ilícito (iii) El ingreso que la empresa habría obtenido por no haber ejecutado la baja del servicio en el plazo establecido por la normativa.

Adicionalmente, es importante indicar que el beneficio ilícito ha sido calculado según detalle indicado en el Anexo de la Resolución Impugnada, siendo que la estimación de los valores asociados a los parámetros “Mantygest” (Mantenimiento y gestión de sistemas) y “Conopro” (Conocimiento del proceso regulatorio); se encuentra detallada en los Cuadros N° 8, 9 y 10 de la Guía de Cálculo de Multas - 2019⁹, respectivamente.

En este punto, se considera relevante señalar que la multa estimada fue superior al tope máximo establecido para las infracciones graves, razón por la cual la multa impuesta fue la reconducida a 150 UIT.

Ahora bien, sobre las mejoras y/o acciones¹⁰ que habría desplegado la empresa operadora que, supuestamente acreditarían la inexistencia de un costo evitado por el incumplimiento del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, es importante señalar que las comunicaciones remitidas por TELEFÓNICA únicamente hacen referencia a mejoras en su sistema comercial +Simple; sin embargo, no se indica que las mismas estén enfocadas en la atención de bajas o la recepción correcta de solicitudes por parte de los usuarios. Asimismo, cabe indicar que lo establecido en el artículo 25 del RGIS constituye una obligación de resultados y no de medios, siendo así, en el caso particular, las decisiones internas de la empresa operadora (vg. Capacitaciones) siempre debieron estar

⁸ Cabe señalar que, la Primera Instancia determinó que en el caso en concreto no correspondía la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna, puesto que, la cuantificación de las multas con la Guía de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores del OSIPTEL (en adelante, Guía de Cálculo de Multas - 2019) resultaba más favorable.

⁹ Aprobada por el Consejo Directivo mediante Acuerdo N° 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019.

¹⁰ Cartas N° TDP-1411-AG-GER-22, TDP-2291-AG-GER-22, TDP-2776-AG-GER-22 y TDP-3337-AG-GER-22.

direccionadas a ajustar su conducta a las disposiciones establecidas por este Organismo Regulador.

En esa línea, si bien la empresa operadora es libre de remitir las alegaciones que crea conveniente a fin de sustentar el presunto despliegue de un comportamiento diligente, el cumplimiento de una obligación solo podía ser declarada en tanto su conducta resultara acorde a lo ordenado por el Organismo Regulador; no obstante, esto último no fue advertido en el marco del presente PAS.

De otro lado, con relación a la probabilidad de detección del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, primero corresponde precisar que dicho criterio fue calificado por la Primera Instancia como MEDIO mas no ALTO como lo indicó la empresa operadora en su recurso de apelación. Adicionalmente, es importante reiterar lo indicado en la Resolución N° 384-2023-GG/OSIPTEL, esto es que, dicha calificación se da porque el acceso a la información dependerá de la entrega correspondiente por parte de la empresa operadora. No se debe perder de vista que nos encontramos frente a casuística en donde no se ejecutan bajas solicitadas (que podría implicar que las solicitudes ni siquiera hayan sido registradas en el sistema respectivo) o que se efectúe la baja sin que la misma haya sido realmente solicitada por el abonado (lo que implicaría el registro de una solicitud sin que haya existido una voluntad real del abonado), con lo cual la existencia de un Sistema de Monitoreo de Bajas y Migraciones no impacta en la verificación de conductas como las analizadas en el presente PAS.

Aunado a ello, se debe considerar que aun cuando la frecuencia de las supervisiones fuera alta, lo cierto es que resultaría sumamente complicado no sólo determinar el universo de casos similares a los evaluados, sino también llegar a comprobar con certeza el comportamiento de la empresa operadora en cada caso, dado que los supervisores del Osiptel estarían condicionados a la información que pudiera tener y/o proporcionar la empresa operadora.

Siendo así, en el caso particular, no es posible considerar que la probabilidad de detección del incumplimiento a los numerales i) y ii) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, sea ALTA.

Finalmente, resulta importante señalar que -de acuerdo a lo establecido por el TUO de la LPAG – la intencionalidad no forma parte del tipo infractor imputado en el caso materia de evaluación, sino que constituye un agravante de responsabilidad; sin embargo, el mismo no han sido observado ni por el órgano instructor ni por la Primera Instancia, razón por la cual no fue considerado ni para la tipificación ni en la graduación de las multas impuestas.

Por tanto, en atención a lo antes mencionado, no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, por lo que debe desestimarse este extremo del Recurso de Apelación.

V. PUBLICACION DE SANCIONES

De ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por la comisión de las infracciones tipificadas en los numerales i) y ii) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso y artículo 9 de las Normas Especiales, y el literal a) del artículo 7 del RGIS, corresponderá publicar la resolución que emita en el diario oficial El Peruano, de conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del Osiptel.



VI. CONCLUSION Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, esta Oficina de Asesoría Jurídica recomienda:

6.1. Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A contra la Resolución de Gerencia General N° 027-2024-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia:

- CONFIRMAR la multa de **150 UIT**, por la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por haber incumplido con lo dispuesto en los numerales (i) y (ii) del artículo 76 del referido cuerpo normativo.
- CONFIRMAR la multa de **150 UIT**, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9 de las Normas Especiales para la prestación del servicio de acceso a Internet Fijo, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 138-2020-CD-OSIPTEL, por haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 8 de la referida norma.
- CONFIRMAR la multa de **129,8 UIT**, por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

6.2. DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 027-2024-GG/OSIPTEL, de conformidad con los fundamentos expuestos en el presente Informe.

Atentamente,

KELLY SILVANA MINCHAN ANTON
DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA
JURIDICA
OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA

