



Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIONES

Nº 00059-2024-TA/OSIPTEL

Lima, 3 de octubre de 2024

EXPEDIENTE	040-2023-TRASU/STSR-PAS
MATERIA	Recurso de apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la resolución N° 00052-2024-TRASU/PAS/OSIPTEL
ADMINISTRADO	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 0040-2023-TRASU/STSR-PAS, y;
- (ii) El recurso de apelación presentado el 3 de septiembre de 2024 por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), contra la resolución N° 00052-2024-TRASU/PAS/OSIPTEL (en adelante, RESOLUCIÓN 52) emitida por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (en adelante, el TRASU).

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. El 23 de noviembre de 2023, mediante carta N° 00827-STSR/2023, la Secretaria Técnica de Solución de Reclamos (en adelante, la Secretaria Técnica), notificó a TELEFÓNICA el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 13 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹ (en adelante, el RGIS), respecto al incumplimiento de doscientos noventa y tres (293) resoluciones emitidas por el TRASU, detectadas a través de la presentación de denuncias por parte de los usuarios y la evaluación del cumplimiento de las resoluciones declaradas fundadas y parcialmente fundadas por el TRASU, correspondiente a los periodos de enero a marzo de 2023. Dicha infracción fue calificada como muy grave.

Se otorgó a TELEFÓNICA el plazo de veinte (20) días hábiles para que presente sus descargos.

- 1.2. El 22 de febrero de 2024, TELEFÓNICA, por medio de la carta N° TDP-0835-AR-ADR-24, presentó sus descargos.
- 1.3. El 14 de mayo de 2024, mediante carta N° 00406-STSR/2024, la Secretaria Técnica notificó a TELEFÓNICA el informe N° 00030-STSR/2024 (Informe Final de Instrucción) otorgándole cinco (5) días hábiles para formular sus descargos. Asimismo, corresponde indicar que, transcurrido el plazo otorgado, TELEFÓNICA no remitió descargos.

¹ Aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

"Artículo 13.- Incumplimiento de resoluciones del TRASU

Constituye infracción grave el incumplimiento por parte de la Empresa Operadora de las resoluciones emitidas por el TRASU en ejercicio de su función de solución de reclamos de usuarios, salvo que dicho Tribunal señale en las mismas una calificación diferente."





- 1.4. El 28 de junio de 2024, mediante Resolución N° 00043-2024-TRASU/PAS/OSIPTEL, el TRASU resolvió lo siguiente:

“Artículo 1°: DECLARAR la responsabilidad administrativa de TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. por incurrir en la infracción muy grave tipificada en el artículo 13 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones por el incumplimiento de doscientos noventa y tres (293) resoluciones emitidas en por el TRASU.

Artículo 2°: SANCIONAR a TELEFÓNICA PERÚ S.A.A. con una multa ascendente a ciento ochenta y cuatro (184) UIT por incurrir en la infracción muy grave tipificada en el artículo 13 del Reglamento de General Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.”

- 1.5. El 22 de julio de 2024, TELEFÓNICA, mediante carta N° TDP-2930-AR-ADR-24, interpuso recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN 43.

- 1.6. El 13 de agosto de 2024, mediante RESOLUCIÓN 52, el TRASU resolvió lo siguiente:

“Artículo 1°. - Declarar FUNDADO el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 43-2024-TRASU/PAS/OSIPTEL del 28 de junio de 2024 emitida por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios en el extremo referido a la distinción de la probabilidad de detección y los parámetros utilizados en función al origen de cada supuesto incumplimiento imputado (**Nueva Prueba 9**), e **IMPROCEDENTE** en los demás extremos que contiene.

Artículo 2°.- MODIFICAR el monto de la multa impuesta a través de la Resolución N° 43-2024-TRASU/PAS/OSIPTEL del 28 de junio de 2024 a ciento treinta y un con tres (131.3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT); por cuanto TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. ha incurrido en la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 13 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por el incumplimiento de doscientos noventa y tres (293) resoluciones del TRASU.”

Dicho Tribunal precisó que la calificación que correspondía a la infracción era grave².

- 1.7. El 3 de septiembre de 2024, TELEFÓNICA mediante carta N° TDP-3419-AG-ADR-24, presentó su recurso de apelación contra la RESOLUCIÓN 52.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

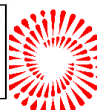
De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, el TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los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

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 3.1 **Respecto a la vulneración al principio de legalidad, debido procedimiento y predictibilidad**

² Se consideró el ajuste de la probabilidad de detección y los parámetros, a fin que sean consistentes con los valores establecidos en la Metodología de Cálculo de Multas - 2021, resultando en una reducción en la multa propuesta inicialmente, lo cual llevó a la variación de la calificación de la infracción como grave.

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





TELEFÓNICA refiere que el TRASU habría vulnerado los principios de legalidad, debido procedimiento y predictibilidad o confianza legítima, en tanto consideró indebidamente parámetros no recogidos en la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTel⁴ (en adelante, Metodología de Multas - 2021), tales como: Mygrec (costo de mantenimiento y gestión de reclamos), Mygsus (costo de mantenimiento y gestión de altas, bajas y suspensión), Mygcob (Mantenimiento y gestión de cobranzas), Acrecum (Acreditar un cumplimiento) y Prucon (costo de pruebas conjuntas con el usuario). Asimismo, la empresa operadora cuestiona que se haya utilizado más de un parámetro a la vez para calcular la multa base de cada supuesto incumplimiento.

Al respecto, TELEFÓNICA manifiesta que utilizar parámetros que no están en la Metodología de Multas – 2021, implica incluir valores asignados distintos a los que están en dicha Metodología, motivo por el cual, a su criterio, no existiría seguridad jurídica alguna dado que la Administración podría seguir creando nuevos parámetros ilícitamente en cada caso concreto y señalar que estos se sustentan en la “parametrización específica de la fórmula general”.

Sobre el particular, TELEFÓNICA argumenta que los parámetros Mygrec y Mygsus no deberían encontrarse basados en el parámetro Mantyggest, toda vez que este último no fue diseñado para la gestión de reclamos, altas y bajas.

Finalmente, la empresa apelante señala que los parámetros derivados del Mantyggest se habrían aplicado en total hasta doscientos noventa y tres (293) veces, como es el caso del parámetro Mygrec, el cual está presente en el cálculo de la multa base por cada una de las resoluciones supuestamente incumplidas afirmando que se habría considerado el valor del supuesto parámetro derivado del Mantyggest como si el incumplimiento hubiera durado doscientos noventa y tres (293) meses, esto es, más de veinticuatro (24) años de incumplimiento, pese a que de la revisión de la imputación se puede advertir que el periodo analizado es de enero a marzo de 2023, y los presuntos incumplimientos se habrían configurado en dicho periodo y hasta abril de 2023, esto es solo cuatro (4) meses.

Al respecto, cabe indicar que el cálculo de la sanción por la infracción prevista en el artículo 13 del RGIS no cuenta con una fórmula específica, sin embargo, el marco normativo y metodológico establecido para la graduación de sanciones del OSIPTel indica que en estas situaciones corresponde aplicar las directrices establecidas en la fórmula general.

En efecto, sobre la estimación de las multas, la norma que establece el nuevo Régimen de Calificación de Infracciones, aprobada con Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTel, señala lo siguiente:

“Las multas, en cada caso en concreto, se aplican conforme a la Metodología de Cálculo de Multas determinada por el OSIPTel, la cual se sustenta en:

⁴ Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021/CD-OSIPTel





Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



- *Fórmula general.*
- *Fórmulas y parámetros específicos.*
- *Montos fijos expresados en Unidades Impositivas Tributarias (UIT).*

Asimismo, para la estimación de multas utilizando la fórmula general, la Fórmula y Parámetros de la Metodología de Cálculo de Multas establece lo siguiente:

“Las conductas infractoras que no se consideren en la Metodología de Cálculo de Multas, se estimarían mediante el enfoque de Fórmula General, pudiendo emplear algunos parámetros que hayan sido establecidos por el OSIPTEL. Cabe señalar que el monto de una multa a través de la Fórmula General vendría dado por:

$$\text{Multa estimada} = \frac{\text{Beneficio ilícito o Daño Causado Actualizado}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

En tal sentido, se advierte que dicha metodología establece que, para el cálculo de una multa basada en la fórmula general, el órgano competente puede emplear alguno de los parámetros establecidos por el OSIPTEL. En otras palabras, se faculta parametrizar de manera específica la fórmula general del cálculo de sanciones, considerando la posibilidad de emplear, de ser el caso, los parámetros previamente definidos en la metodología referida, según el análisis técnico del caso particular.

De esta manera, es necesario señalar que en los parámetros utilizados para el cálculo de la multa estimada en este PAS bajo la Metodología de Multas - 2021, tales como Mygrec, Mygsus, Mygcob, Conopro, Comabon, Prucon, Cosreconex, Cosperre, Acrecum, se reflejan los costos específicos asociados con la gestión de reclamos, cobranzas y el mantenimiento de activaciones, conocimiento de la normativa, notificaciones, prueba conjunta con el usuario, desactivaciones y suspensiones de líneas o conexiones, atención de reclamos a través de diferentes mecanismos, y acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones emitidas por el TRASU, respectivamente.

Por consiguiente, el uso de tales parámetros se sustenta en lo establecido en el Régimen de Calificación de Infracciones y en la propia metodología, a través de la parametrización específica de la fórmula general en relación con su componente del beneficio ilícito, debiendo precisarse que ambas disposiciones reglamentarias han sido expedidas en ejercicio de la función normativa del OSIPTEL. Por tanto, se desestima lo señalado por TELEFÓNICA en relación con el uso de los parámetros mencionados.

Ahora bien, el TRASU para estimar las multas utilizó el enfoque de beneficio ilícito y consideró los costos evitados por la empresa operadora según la materia objeto de infracción, que en este caso se refería al incumplimiento oportuno y adecuado del mandato que impuso la resolución del TRASU.

Considerando ello, y respecto al cuestionamiento sobre la falta de motivación para utilizar y desglosar el parámetro Mantyggest (mantenimiento y gestión) en tres (3) parámetros llamados Mygrec, Mygsus y Mygcob, es importante señalar que el Mantyggest, según lo establecido en la Metodología de Multas - 2021:

“representa el costo de mantener y gestionar un sistema operativo que minimice la ocurrencia de inconvenientes con el uso de cualquier tipo de servicio contratado por los consumidores y/o los diversos procedimientos que se pueden generar como consecuencia de su prestación”





En este contexto, para este caso, resulta razonable considerar la implicancia de distintos sistemas de gestión de TELEFÓNICA. Por ejemplo, si existe una resolución favorable emitida por la primera instancia, relacionada a reclamos que involucran calidad, suspensión o baja indebida del servicio, o migración no ejecutada, la cual debería cumplirse en un plazo determinado, estarían involucrados dos (2) tipos de sistemas, por un lado, el mantenimiento y gestión de altas, bajas y suspensiones y, por otro lado, el mantenimiento y gestión del sistema de reclamos.

De esta manera, los parámetros que cuestiona TELEFÓNICA se han incorporado en el cálculo de la multa para representar adecuadamente los costos derivados de cada sistema de gestión involucrado. Dado que estos sistemas operativos se gestionan de manera independiente, cada uno con sus propios procesos de mantenimiento, se justifica aplicar más de uno de estos parámetros simultáneamente para reflejar con precisión el costo asociado a cada incumplimiento, teniendo en cuenta la particularidad de cada sistema de gestión.

De otro lado, en cuanto a la afirmación de TELEFÓNICA respecto a que los parámetros derivados del Mantyggest se han aplicado en total hasta doscientos noventa y tres (293) veces como si el incumplimiento hubiera durado doscientos noventa y tres (293) meses, como es el caso del parámetro Mygrec, es importante destacar que, para la determinación de la sanción, el monto correspondiente a cada mantenimiento de los sistemas es dividido por la cantidad de casos promedio por expediente, por lo cual para el cálculo de la multa no se multiplica el parámetro por la cantidad de meses de incumplimiento, sino por cantidad de casos.

De este modo, para las conductas objeto de imputación, se ha considerado más adecuado aplicar el costo de mantenimiento individual por cada caso, ya que las infracciones ocurrieron en un periodo específico y no afectaron a toda la base de abonados. Por ello, el valor del Mantyggest⁵ -el cual se toma como referencia para los parámetros que cuestiona TELEFÓNICA- ha sido ajustado de acuerdo con el número promedio de casos por expediente. Ello se evidencia en la estimación remitida como Anexo III de la RESOLUCIÓN 43, por lo que no debe entenderse dicho valor como meses de incumplimiento, como alega erradamente la empresa operadora. A fin de sustentar lo indicado se detalla la fórmula aplicada:

$$\frac{Mygrec}{Mygsob} = \frac{Mantyggest \text{ (soles)}}{\text{Número de casos} \times \text{UIT}(2024)} \times \frac{IPM \text{ junio } 2024}{IPM \text{ diciembre } 2021} = 0,10 \text{ UIT}$$

Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos presentados por la empresa operadora en este extremo.

3.2 Respecto a la vulneración al principio de prohibición de reforma en peor

TELEFÓNICA afirma que la Primera Instancia, mediante la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, ha vulnerado el principio de *reformatio in peius* (prohibición de reforma en peor) toda vez que para aquellos casos detectados mediante denuncia se advierte que la probabilidad de detección se ha reducido de 50% a 25%, lo cual ha representado un incremento del monto de la multa aplicable.

⁵ Cuyo valor es de 3 UIT de acuerdo a la Metodología de Multas.





Agrega que en el presente procedimiento la reducción en la probabilidad de detección implica una reforma peyorativa prohibida. Por tanto, la RESOLUCIÓN 52 que atendió el recurso de reconsideración debió considerar la probabilidad de detección de 50% para los casos detectados bajo denuncia, como sí lo consideró la RESOLUCIÓN 43. Por tanto, la resolución impugnada es nula al haber vulnerado el referido principio de *reformatio in peius*.

Al respecto, el numeral 256.3 del artículo 256 del TUO de la LPAG prohíbe la reforma en peor de la sanción como consecuencia de la interposición de un recurso impugnativo, tal como se indica a continuación:

“Artículo 256.- Resolución
(...)”

256.3. Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.”

En efecto, de la lectura del dispositivo citado se desprende que la prohibición de *reforma en peor* se vulneraría si, con motivo del recurso impugnatorio interpuesto, se decidiese imponer una sanción mayor a la multa impuesta inicialmente. Es decir, aun si el órgano resolutor advirtiese circunstancias que ameritasen que la cuantía de la sanción sea más elevada, en virtud de la *non reformatio in peius*, tendrá que respetarse el monto de la multa impuesta inicialmente.

Ahora bien, de acuerdo con la RESOLUCIÓN 43, para la determinación de la multa se recurrió a la Metodología de Multas establecida por el TRASU, que consideró para el caso de denuncias probabilidades de detección diferenciadas considerando la materia evaluada, obteniéndose el importe de 184 UIT como multa resultante.

Sin embargo, la Metodología de Multas - 2021, prevé como criterio de asignación de la probabilidad de detección baja (0,25) para aquellas conductas infractoras que pueden ser puestas en conocimiento del OSIPTEL vía denuncia. En este caso en particular, de acuerdo con lo señalado en la RESOLUCIÓN 43, este Organismo Regulador advirtió el incumplimiento en virtud de las evaluaciones de oficio y las denuncias interpuestas por los usuarios durante el periodo de enero a marzo de 2023.

Por tanto, al resolver el recurso de reconsideración presentado por TELEFÓNICA, la Primera Instancia procedió, a través de la RESOLUCIÓN 52, a actualizar la probabilidad de detección baja (0,25) para aquellas conductas infractoras conocidas vía denuncia, lo que se sujetó a lo expresamente señalado en la Metodología de Multas - 2021. Asimismo, efectuó la actualización de los parámetros aplicados para el cálculo de multa.

En atención a ello, la Primera Instancia ajustó el cálculo de la sanción establecida mediante la RESOLUCIÓN 43, la cual se redujo de 184 UIT a 131,3 UIT, tal como se advierte en el Anexo – Cálculo de Multa que acompaña la RESOLUCIÓN 52. Es importante precisar que la Primera Instancia mencionó que el cambio fue necesario para alinear el cálculo de las multas con los criterios establecidos en el Cuadro N° 5 de la Metodología de Multas - 2021:



Cuadro N° 5: Muestra de criterios para determinar la probabilidad de detección

Nivel de Probabilidad	Probabilidad	Criterios de asignación
Muy Alta	1,00	La supervisión comprende la revisión del 100% del universo a supervisar. La disponibilidad de información para la identificación de la infracción es completa.
Alta	0,75	La conducta infractora impacta de forma directa a los abonados y es observable por los afectados. La identificación de la infracción no requiere conocimiento especializado. La supervisión se efectúa de modo regular, planificada y/o periódica. Existe un historial público de conductas infractoras similares anteriormente sancionadas.
Media	0,50	La supervisión se efectúa con una frecuencia media (forma parte de un procedimiento o plan de supervisión no periódico). La disponibilidad de información permite identificar la infracción. La selección de casos a supervisar se realiza sin considerar criterios estadísticos.
Baja	0,25	La conducta infractora no impacta de forma directa a los afectados y no es directamente observable. La supervisión se realiza en forma eventual (se ha realizado pocas veces o recién se está realizando). La disponibilidad de información requiere de mayor esfuerzo para la verificación de la conducta. La conducta infractora puede ser puesta a conocimiento de OSIPTEL vía denuncia. La conducta infractora es difícilmente observable por los afectados. No existe un historial respecto a conductas infractoras similares anteriormente sancionadas.
Muy Baja	0,10	La supervisión involucra zonas de difícil o convulsional accesibilidad (obstáculos naturales). La disponibilidad de información presenta elevadas restricciones para la verificación de la conducta (alta asimetría de información). Se requiere la utilización de equipamiento costoso y/o sofisticado (obstáculos económicos).

Elaboración: OSIPTEL

Como se verifica de lo resuelto en la RESOLUCIÓN 52, en tanto que el nuevo valor (131,3 UIT) establecido en base a la Metodología de Multas - 2021, por la infracción tipificada artículo 13 del RGIS, es inferior a la impuesta en la RESOLUCIÓN 43 (184 UIT), no se advierte vulneración al principio de *reformatio in peius*.

Monto de multa calculado con la metodología de multas del TRASU	Monto de la multa calculado con la Metodología de Cálculo de Multas
184	131,3

En tal sentido, el no aplicar la probabilidad de detección del 50% para los incumplimientos derivados de denuncias no atenta contra el principio de *reformatio in peius*, dado que, como se ha desarrollado en los párrafos precedentes, mediante la RESOLUCIÓN 52 se efectuó un ajuste en el cálculo de la multa, correspondiente a la probabilidad de detección y los parámetros utilizados en función al origen de cada supuesto incumplimiento imputado, obteniendo una reducción del valor de 184 UIT a 131,3 UIT, lo que es más beneficioso para TELEFÓNICA. Es más, considerando únicamente la variación de la probabilidad de detección entre la resolución que impuso la sanción y la RESOLUCIÓN 52 para aquellas conductas infractoras conocidas por el OSIPTEL vía denuncia, se tiene que el importe se redujo de 96,85 UIT a 95,08 UIT, motivo por el cual es evidente que la variación cuestionada por TELEFÓNICA no le causó perjuicio alguno; por el contrario, le generó un beneficio al reducirse la cuantía de la sanción.

Por tanto, corresponde desestimar los argumentos presentados por la empresa operadora en este extremo.

3.3 Respecto a la aplicación de la eximente por subsanación voluntaria

TELEFÓNICA cuestiona que en la resolución recurrida se señale que no corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, en tanto los casos imputados están vinculados con materias que involucran la pérdida, deficiencia o restricción del servicio,



motivo por el cual los efectos derivados de la conducta infractora no son posibles de ser revertidos.

A criterio de TELEFÓNICA, la reversión de efectos no está dentro de la eximente de responsabilidad de subsanación voluntaria, pues de acuerdo con el artículo 257 del TUO de la LPAG solo se exige: i) que exista subsanación de la conducta imputada, ii) que esta sea voluntaria y iii) que se haya efectuado antes de la notificación de imputación de cargos, por lo que la reversión de efectos no debería ser evaluada para su aplicación. De este modo, TELEFÓNICA afirma haber cumplido con subsanar, en todos los casos, la presunta conducta infractora con anterioridad al inicio del PAS.

Agrega además la empresa operadora, que el TRASU habría reconocido el cese de la conducta infractora en doscientos noventa y tres (293) casos, habiendo ejecutado las obligaciones a las que se comprometió, por consiguiente, deberían archivers las imputaciones relacionadas a los casos mencionados.

Al respecto, el literal f) del artículo 257 del TUO de la LPAG, señala lo siguiente:

“Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:
(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.”

(Subrayado agregado)

Tal como se puede advertir, la disposición glosada no define cuál es el alcance de la subsanación voluntaria, esto es, no establece si para que se configure dicha subsanación basta el cese de la conducta infractora -como alega TELEFÓNICA- o también es necesario que reviertan los efectos de tal conducta, de ser el caso.

Complementando la normativa sobre la aplicación de la precitada causal eximente, el artículo 5 del RGIS, norma expedida por el Osipitel en ejercicio de su función normativa, establece lo siguiente:

“Artículo 5.- Eximentes de responsabilidad

Se consideran condiciones eximentes de responsabilidad administrativa las siguientes:

(...)

iv) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el artículo 22.

Para tales efectos, deberá verificarse que la infracción haya cesado y que se hayan revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, la subsanación deberá haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación, expresamente consignado en carta o resolución.

(...)

(Subrayado agregado)

Así las cosas, el RGIS no se contrapone al TUO de la LPAG, ni mucho menos considera condiciones menos favorables para los administrados, toda vez que dicho reglamento ha desarrollado lo que comprende la subsanación voluntaria de la conducta infractora en el ámbito de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.





Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Por tanto, de acuerdo al RGIS, a efectos de establecer si se ha producido la subsanación voluntaria, la empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó y que revirtió los efectos derivados de la misma, de haberse producido en todos los casos.

Considerando lo antes expuesto, se reitera que TELEFÓNICA – contrariamente a lo que alega en sus argumentos- no ha acreditado el cese de la conducta infractora toda vez que del total de resoluciones incumplidas (293) se ha advertido que no existió cese respecto de ciento (170) resoluciones⁶ cuyo incumplimiento se le imputa; y, en todo caso, si lo que pretende es acogerse a la eximente de responsabilidad por esta causa, no basta con afirmarlo, pues la carga de la prueba en este supuesto le corresponde.

Asimismo, sobre la posibilidad de archivar los doscientos noventa y tres (293) resoluciones donde la conducta habría cesado, este Tribunal advierte - en concordancia con lo analizado por la Primera Instancia - que algunos casos están vinculados a la pérdida, deficiencia o restricción del servicio, razón por la cual la conducta infractora, aun en caso hubiera cesado, no es posible ser revertida, dado que consisten en la pérdida de la oportunidad de acceder a los servicios públicos de telecomunicaciones en un determinado momento ya transcurrido.

Sin perjuicio de ello, este Tribunal advierte que el análisis sobre el incumplimiento de cada resolución imputada obra en los Anexos I y II de la RESOLUCIÓN 43, motivo por el cual TELEFÓNICA tendría que fundamentar su desacuerdo por cada caso en el que discrepa de la evaluación efectuada por el TRASU, pues no basta efectuar alegaciones genéricas como las contenidas en su recurso de apelación.

Adicionalmente, en el caso de la infracción por incumplimiento de resoluciones del TRASU, el nivel de diligencia es mayor, debido a que la obligación es específica y se encuentra contenida en un acto administrativo que agota el procedimiento de reclamo, el cual es de cumplimiento obligatorio por parte de la empresa operadora.

Además de ello, cabe indicar que, la empresa operadora, además de ser un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones, opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado. En consecuencia, se espera que adopte suficientes medidas para dar estricto cumplimiento a los mandatos que le resultan exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde honrar obedezca a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control.

De otro lado, TELEFÓNICA solicita que en la evaluación del recurso de apelación se tenga en cuenta la sentencia emitida por el Sexto Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente N° 04493-2019-01801-JR-CA-06, seguido por la Compañía Minera

⁶ A manera de ejemplo se detallan treinta (30) expedientes que contienen resoluciones emitidas por el TRASU donde se advirtió que no existió cese de la conducta infractora: N° 0000240-2023/TRASU/ST-RA, N° 0001034-2023/TRASU/ST-RA, N° 0000093-2023/TRASU/ST-RA, N° 0000212-2023/TRASU/ST-RA, N° 0000227-2023/TRASU/ST-RA, N° 0000274-2023/TRASU/ST-RA, N° 0001082-2023/TRASU/ST-RA, N° 0001931-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0002174-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0000557-2023/TRASU/ST-RA, N° 0000626-2023/TRASU/ST-RA, N° 0000923-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0001876-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0003474-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0004304-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0004314-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0003032-2023/TRASU/ST-RA, N° 0003524-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0003796-2023/TRASU/ST-RA, N° 0004041-2023/TRASU/ST-RA, N° 0004291-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0003129-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0003130-2023/TRASU/ST-RA, N° 0003434-2023/TRASU/ST-RA, N° 0003444-2023/TRASU/ST-RA, N° 0004302-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0004315-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0002880-2023/TRASU/ST-RQJ, N° 0003266-2023/TRASU/ST-RA y N° 0003297-2023/TRASU/ST-RA





Santa Luisa S.A. contra el Osinergmin, en la cual, el Poder Judicial determinó que dicha entidad no debe limitar mediante norma reglamentaria la aplicación de la subsanación voluntaria.

Sobre el particular, si bien dicha decisión jurisdiccional no constituye precedente vinculante, es importante señalar que el OSIPTEL no ha limitado normativamente la aplicación de las eximentes de responsabilidad a determinadas conductas u obligaciones, sino que ello se encuentra supeditado a las obligaciones analizadas en cada caso en concreto, considerando sus particularidades.

Adicionalmente, resulta pertinente agregar que la disposición normativa cuestionada en el proceso judicial aludido por TELEFÓNICA es el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería⁷, el cual aborda obligaciones e infracciones referidas a otro sector supervisado, cuya naturaleza es distinta al mercado de las telecomunicaciones; debido a ello, no resulta pertinente aplicar lo resuelto en dicha sentencia en este procedimiento sancionador.

En el presente PAS, la decisión del TRASU, de considerar que no resulta aplicable la subsanación voluntaria, al no haberse acreditado el cese de la conducta infractora en la totalidad de los casos y considerando que los casos analizados – en su mayoría – versan sobre materias vinculadas con aspectos que afectan la prestación del servicio, en los que no es posible aplicar la reversión de los efectos de la conducta infractora; se encuentra en conformidad a lo regulado en el TUO de la LPAG y el artículo 5 del RGIS, no habiéndose exigido condición adicional alguna a lo previsto en dicho marco normativo.

En función de lo expuesto, en el presente caso no corresponde aplicar la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria establecida en el artículo 257 del TUO de la LPAG.

3.4 Respecto a la presunta vulneración del principio de razonabilidad debiendo archivarse el presente PAS

TELEFÓNICA argumenta que el principio de razonabilidad constituye un postulado que racionaliza la actividad sancionadora de la Administración, a efectos de evitar que desborde su actuación represiva, y en virtud del cual corresponde optar por aquella alternativa que resulte estrictamente proporcional y adecuada a los fines públicos que el ordenamiento protege.

Sobre el particular, de la revisión de la RESOLUCIÓN 43, se advierte que la primera instancia efectuó la evaluación de los parámetros del test de razonabilidad, concluyendo que el usuario, luego de obtener un resultado favorable por el TRASU en segunda instancia, tiene la expectativa de obtener la solución definitiva a su pretensión, por lo que al generarse la demora o incumplimiento de lo acordado ve vulnerado sus derechos.

Del mismo modo, la Primera Instancia descartó la posibilidad de imponer una medida menos gravosa, como una medida correctiva, puesto que TELEFÓNICA ha sido sancionada por la comisión de la misma infracción en periodos anteriores⁸.

⁷ Aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

⁸ Por ejemplo: expediente N° 005-2022/TRASU/ST-PAS, 009-2022/TRASU/ST-PAS y 016-2022/TRASU/ST-PAS, No obstante, estos casos no son considerados como agravantes de reincidencia al no configurarse los requisitos que establece el artículo 248 del TUO de la LPAG ni el artículo 18 del RGIS.



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

De otro lado, con el objeto de demostrar la aplicación del principio de razonabilidad por parte del Consejo Directivo, TELEFÓNICA ha presentado como nuevas pruebas de su recurso de apelación diversas resoluciones mediante las cuales se archivaron sanciones al no haberse explorado en la instancia inferior la imposición de medidas menos gravosas. Es el caso de la Resolución N° 092-2017-CD/OSIPTEL, Resolución N° 151-2018-CD/OSIPTEL, Resolución N° 150-2018-CD/OSIPTEL, Resolución N° 100-2018-CD/OSIPTEL y Resolución N° 047-2018-CD/OSIPTEL.

Al respecto, se reitera que este Tribunal ha corroborado que la RESOLUCIÓN 43 ha cumplido con sustentar el motivo por el cual no cabía la imposición de una medida menos gravosa en el PAS, lo cual resulta verificable en el Registro de Sanciones del OSIPTEL⁹, en el que constan las sanciones impuestas a TELEFÓNICA anteriormente por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 13 del RGIS. En consecuencia, las resoluciones presentadas por TELEFÓNICA no desvirtúan el análisis realizado por el TRASU con relación al principio de razonabilidad.

En virtud a lo expuesto, la imposición de la multa resulta idónea y necesaria, para lograr que, en adelante, TELEFÓNICA adecúe su conducta y no vuelva a cometer dicha infracción. Cabe agregar que el hecho que dicha empresa operadora discrepe de la evaluación realizada por el TRASU, no significa que la decisión no haya sido proporcional. Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos presentados por la empresa operadora en este extremo.

En aplicación de las funciones previstas en el literal a) del artículo 25-B de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, modificado a través del Decreto Supremo N° 140-2023-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DESESTIMAR la solicitud de nulidad presentada por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Artículo 2.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 0052-2024-TRASU/PAS/OSIPTEL y, en consecuencia, confirmar todos sus extremos, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución

Artículo 3.- Notificar la presente resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Artículo 4.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal web institucional: www.osiptel.gob.pe, en conjunto con las resoluciones N° 00043-2024-TRASU/PAS/OSIPTEL y N° 00052-2024-TRASU/PAS/OSIPTEL.

Artículo 5.- Poner en conocimiento de la Oficina de Administración y Finanzas la presente resolución, para los fines respectivos.

Regístrese y comuníquese,

⁹ Consultar en https://www.osiptel.gob.pe/media/vhse2ffb/registro_sanciones_sttrasu-31032024v3.pdf





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Con el voto favorable de los miembros del Tribunal de Apelaciones del OSIPTEL: Gustavo Nilo Rivera Ferreyros, Renzo Rojas Jiménez y Carlos Antonio Rouillon Gallangos; en la Sesión N° 022-2024 del 2 de octubre de 2024.

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://apps.firmaperu.gob.pe/webvalidador.xhtml>

GUSTAVO NILO RIVERA FERREYROS
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE
APELACIONES
TRIBUNAL DE APELACIONES



Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 2+D2=50522uwX8



12 | 12
BICENTENARIO
PERÚ
2024