

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
CC	:	CARMEN DEL ROSARIO CARDENAS DIAZ DIRECTORA DE LA OFICINA DE COMUNICACIONES Y RELACIONES INSTITUCIONALES JESÚS EDUARDO GUILLÉN MARROQUÍN PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO (E)
ASUNTO	:	OPINION LEGAL RESPECTO AL TEXTO SUSTITUTORIO DEL PREDICTAMEN RECAIDO EN LOS PROYECTOS DE LEY N° 021/2021-CR, N° 079/2021-CR, N° 789/2021-CR, N° 1025/2021-CR Y N° 1051/2021-CR
REFERENCIA	.	Oficio PO N° 009-2021-2022/CODECO-CR
FECHA	:	3 de mayo de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO COORDINADOR	ROCIO ANDREA OBREGON ANGELES
REVISADO Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURIDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el contenido del texto sustitutorio del Predictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 021/2021-CR, N° 079/2021-CR, N° 789/2021-CR, N° 1025/2021-CR y N° 1051/2021-CR por el que se propone modificar la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, para apoyar al sostenimiento y funcionamiento de las asociaciones de consumidores.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Mediante Oficio PO N° 009-2021-2022/CODECO-CR, recibido el 26 de agosto de 2021, el Presidente de la Comisión de Defensa al Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República solicitó opinión institucional respecto al Proyecto de Ley N° 021-2021/CR, Ley que democratiza y fortalece a los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos mediante la modificación de los artículos 1, 6, 7, 8 y 9 de la Ley N° 27332.
- 2.2. El OSIPTEL, a través de la carta N° 155-PD/2021 de fecha 17 de setiembre 2021, remitió el Informe N° 263-OAJ/2021 el cual contiene la posición institucional de este organismo regulador.
- 2.3. Mediante Oficio PO N° 013-2021-2022/CODECO-CR, recibido el 7 de setiembre de 2021, el Presidente de la Comisión de Defensa al Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República solicitó opinión institucional respecto al Proyecto de Ley N° 079-2021/CR, Ley de apoyo al sostenimiento y funcionamiento de las acciones de defensa de los consumidores y usuarios, mediante la cual propone la modificación de los artículos 112, 113, 131, 134 y 156 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, así como la modificación de los artículos 1, 6, 9-A y 10 de la Ley N° 27332 y el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.
- 2.4. El OSIPTEL, a través de la carta N° 157-PD/2021 de fecha 28 de setiembre 2021, remitió el Informe N° 268-OAJ/2021 el cual contiene la posición institucional de este organismo regulador.
- 2.5. Mediante Oficio PO N° 109-2021-2022/CODECO-CR, recibido el 25 de noviembre de 2021, el Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, del Congreso de la República, solicitó opinión sobre el Proyecto de Ley N° 789/2021-CR, que propone la Ley que reconoce el derecho de consumidores a percibir hasta el 50% de multas que impongan el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y Organismos Reguladores a los proveedores, por infracciones al Código del Consumidor y normas complementarias.



- 2.6. El OSIPTEL, a través de la carta N° 197-PD/2021 de fecha 16 de diciembre de 2021, remitió el Informe N° 347-OAJ/2021 el cual contiene la posición institucional de este organismo regulador.
- 2.7. Mediante Oficio N° 134-2021-2022/CODECO-CR, recibido el 4 de enero de 2022, el Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, solicitó opinión sobre el Proyecto de Ley N° 1025/2021-CR, que propone que los consumidores y usuarios afectados sean parte de la distribución de los montos correspondientes a las multas administrativas impuestas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y/o los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos.
- 2.8. El OSIPTEL, a través de la carta N° 015-PD/2022 de fecha 21 de enero de 2022, remitió el Informe N° 017-OAJ/2022 el cual contiene la posición institucional de este organismo regulador.
- 2.9. Mediante Oficio PO N° 134-2021-2022/CODECO-CR, recibido el 10 de enero de 2022, el Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, del Congreso de la República, solicitó opinión sobre el Proyecto de Ley que propone modificar el artículo 110 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- 2.10. El OSIPTEL, a través de la carta N° 016-PD/2022 de fecha 1 de febrero de 2022, remitió el Informe N° 033-OAJ/2022 el cual contiene la posición institucional de este organismo regulador.
- 2.11. Mediante Oficio PO N° 206-2021-2022/CODECO-CR, recibido el 7 de abril de 2022, el Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, solicita al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) emitir opinión sobre el Texto Sustitutorio del Preditamen recaído en los Proyectos de Ley 021/2021-CR, 079/2021-CR, 789/2021-CR, 1025/2021-CR y 1051/2021-CR por el que se propone modificar la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, para apoyar al sostenimiento y funcionamiento de las asociaciones de consumidores.

III. ANALISIS

3.1. Cuestión Previa

En el marco de su Ley de creación¹, el OSIPTEL es el organismo regulador de los servicios públicos de telecomunicaciones y la agencia de competencia en este sector; por lo que sus funciones están destinadas a garantizar la calidad y eficiencia del servicio, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado un uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones.

De manera concordante, las funciones normativas, de regulación, supervisión, fiscalización, de solución de controversias, solución de reclamos y control de conductas

¹ Decreto Legislativo N° 702 mediante el cual se declaran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en telecomunicaciones.



anticompetitivas están plenamente ratificadas y desarrolladas como funciones fundamentales del OSIPTEL en las vigentes Leyes N° 26285², N° 27332³ y N° 27336⁴, así como en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo⁵.

En ese sentido, el OSIPTEL, únicamente, está facultado para emitir opinión técnica respecto de aquellos asuntos vinculados a su competencia.

3.2. Comentarios al texto sustitutorio del Predictamen recaído en los Proyectos de Ley 021/2021-CR, 079/2021-CR, 789/2021-CR, 1025/2021-CR y 1051/2021-CR

Entre las modificaciones que plantea el Predictamen, y considerando los temas vinculados a la competencia del OSIPTEL, corresponde señalar lo siguiente:

3.2.1. Modificación a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

La propuesta de modificación del artículo 99 considera incluir dentro del alcance de la regulación del pago en exceso a los usuarios de los servicios públicos, y elevar el plazo de prescripción para de 2 a 5 años para solicitar la devolución, tal como se detalla a continuación:

“Artículo 99.- Pagos en exceso

Los pagos hechos en exceso del precio establecido son recuperables por el consumidor, incluyendo los efectuados por los usuarios de los servicios públicos regulados, y devengan hasta su devolución el máximo de los intereses compensatorios y moratorios que se hayan pactado y, en su defecto, el interés legal. La acción para solicitar la devolución de estos pagos prescribe a los cinco (5) años contados a partir de la fecha que tuvo lugar el pago. En el caso de pagos indebidos, el plazo de prescripción es de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se detectó el pago indebido. El infractor debe informar al consumidor, por un medio idóneo, la devolución a realizar. Corresponde al infractor, probar que ha cumplido con informar al consumidor.”

Sobre ello, corresponde indicar que para el caso de las devoluciones a los usuarios de los servicios públicos generadas por cobros indebido por parte de las empresas prestadoras, no están consideradas dentro de la definición de pago en exceso, en tanto el pago realizado por los usuarios corresponde más bien a un cobro mal realizado por parte de la empresa.

En ese sentido, conforme lo dispone el Código Civil, los plazos de prescripción solo pueden ser fijados por Ley⁶; lo cual, no sucede en el caso de devoluciones que se generan a favor del usuario, como consecuencia de los cobros indebidos por parte de la empresa prestadora del servicio, es el caso de las devoluciones por interrupciones del servicio o tarifas cobradas en exceso.

² Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia.

³ Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

⁴ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

⁵ Art. 32 de la Ley N° 29158

⁶ Principio de legalidad en plazos prescriptorios
Artículo 2000.- Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción.



Precisamente, considerando ello, al no haberse establecido en la Ley el plazo límite para que los usuarios puedan reclamar lo abonado en forma indebida o en exceso, resulta aplicable lo previsto en el artículo 2001, inciso 1, del Código Civil⁷, el mismo que establece que el plazo de prescripción es de diez (10) años.

Sin embargo, con la presente propuesta, al incluir en la redacción los pagos efectuados por los usuarios de los servicios públicos, se estaría reduciendo a cinco (5) años el plazo en el que los usuarios podrían reclamar la devolución, lo cual implica una reducción de los derechos de los usuarios.

Complementariamente, de la experiencia en el sector de telecomunicaciones, el plazo de cinco (5) años resultaría insuficiente para que los usuarios puedan recuperar los montos facturados por servicios que no han sido prestados; toda vez que se han visto casos en los que ante la imposibilidad de identificar a los usuarios afectados por la interrupción, las devoluciones se han realizado con posterioridad a los 5 años.

Bajo lo expuesto, se sugiere retirar de la propuesta de artículo a los usuarios de los servicios públicos, específicamente a los del sector de telecomunicaciones.

La propuesta de modificación del artículo 113 considera incluir a los usuarios de los servicios públicos dentro del alcance del cálculo y rebaja del monto de la multa por pronto pago, tal como se detalla a continuación:

“Artículo 113.- Cálculo y rebaja del monto de la multa

(...)

En el caso que la multa aplicable sea consecuencia de denuncia o reclamación respecto a la provisión de bien y servicio, en general, incluyendo los servicios públicos regulados, presentada por una asociación de consumidores o por INDECOPI, en defensa de intereses colectivos y/o difusos, la multa es rebajada en un cincuenta por ciento (50%) cuando se trate de infracciones leves, y en veinticinco por ciento (25%) cuando se trate de infracciones graves o muy graves, siempre que el infractor cancele el monto de la misma, antes de cumplirse el plazo para impugnar la resolución que puso fin a la instancia y no interponga recurso alguno contra dicha resolución”.

Al respecto, el artículo 29 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL otorga a dicho Organismo Regulador la facultad de aprobar un régimen de reducción o condonación del monto de la multa, en los siguientes términos:

⁷ Plazos de prescripción

Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

- 1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
- 2.- A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.
- 3.- A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.
- 4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivados del ejercicio del cargo.
- 5.- A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia.



“Artículo 29.- Regímenes de beneficios

OSIPTEL aprobará un régimen de reducción o condonación del monto de la multa tomando en cuenta el momento de subsanación de la infracción y de acuerdo a las particularidades del caso”.

Precisamente, en atención a dicha facultad, mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL se aprobó el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones⁸, donde se estableció que la multa impuesta por el OSIPTEL que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que impuso la multa, será reducida en un 35% del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada.

Debe considerarse que el OSIPTEL es el organismo especializado en el sector de las telecomunicaciones y que además, cuenta con mayor información sobre el impacto que genera el incumplimiento de las obligaciones y los ingresos de las empresas operadoras; por lo que debe mantenerse en dicho organismo, la facultad de establecer el rango de la rebaja del monto de la multa como consecuencia del pronto pago, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27336.

La propuesta de modificación del artículo 156 considera que el porcentaje de las multas administrativas impuestas por el INDECOPI y/o los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos al que pueden acceder las asociaciones de consumidores reconocidas y debidamente inscritas no podrá ser menor al 50% de la multa impuesta.

En principio, corresponde señalar que las Asociaciones de Consumidores son organizaciones que se constituyen con la finalidad de proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios; en ese sentido, están facultadas para presentar reclamos y denuncias, ya sea a nombre de sus asociados o de las personas que les hayan otorgado un poder para ello, estando también legitimados para defender intereses colectivos y difusos.

Ahora bien, el artículo 35 de la Ley N° 27336 establece que las multas impuestas por el OSIPTEL son destinadas al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (en adelante, FITEL), tal como se detalla a continuación:

“Artículo 35.- Destino de las multas

El monto cobrado por concepto de multas administrativas corresponderá al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL)”.

Frente a ello, se tiene que, a través del Decreto Supremo N° 018-2018-MTC se dispuso la fusión del FITEL en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la creación del Programa Nacional de Telecomunicaciones (en adelante, PRONATEL). Así, se tiene lo siguiente:

⁸ Debe indicarse que, el Consejo Directivo del OSIPTEL a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.



“Artículo 4.- Creación del Programa Nacional de Telecomunicaciones

Créase el Programa Nacional de Telecomunicaciones - PRONATEL, en el ámbito del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dependiente del Viceministerio de Comunicaciones.”

A través de dicho cuerpo normativo, se asigna al PRONATEL los recursos que por ley correspondían al FITEC, disponiéndose –además– que dicho programa tiene como objetivo la provisión de acceso universal de servicios de telecomunicaciones, el desarrollo de la Banda Ancha en su ámbito de intervención, la promoción de servicios, contenidos, aplicaciones y habilidades digitales y la reducción de la brecha de infraestructura de comunicaciones, a nivel nacional, y en coordinación con las entidades públicas, en el marco de sus competencias y bajo los lineamientos que apliquen.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 018-2018-MTC, el ámbito de intervención del PRONATEL es de alcance nacional, especialmente en áreas rurales y lugares de preferente interés social.

En ese sentido, las multas que impone el OSIPTEL a las empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones y que son transferidas al FITEC (ahora al PRONATEL), están destinadas a promover el acceso y uso de los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y lugares de preferente interés social, bajo los parámetros establecidos por este Organismo y sus reglamentos⁹, contribuyendo al desarrollo socioeconómico del país.

Siendo así, sobre la propuesta de que las Asociaciones de Usuarios puedan acceder a un porcentaje –no menor al 50%– de la multa que sea impuesta; consideramos que dicha disposición afectaría los recursos con los que cuenta, actualmente, el PRONATEL para el logro de sus objetivos.

Finalmente, cabe indicar que el artículo 156 de la Ley N° 29571, vigente desde el año 2010, reconoce la posibilidad de que las Asociaciones de Usuarios puedan suscribir convenios de cooperación institucional con el INDECOPI y los organismos reguladores de servicios públicos, a partir de lo cual dichas instituciones pueden disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por estas asociaciones de consumidores, les sea entregado. En cada caso, dicho porcentaje no puede exceder el 50% de la multa impuesta y constituye fondos públicos.

Entonces, reiterando que las asociaciones de consumidores representan a éstos últimos y considerando que ya se encuentra legalmente estipulado que puedan percibir un porcentaje de las multas impuestas, la propuesta planteada no contiene un análisis sobre la necesidad de ampliar el porcentaje y tampoco el posible impacto de la propuesta, más aun cuando ello representaría la disminución de los ingresos de las entidades receptoras de estos montos, como por ejemplo, el PRONATEL.

⁹ Vg. Resolución de Consejo Directivo N° 135-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias – Reglamento para la Supervisión de la cobertura de los servicios públicos de telecomunicaciones móviles y fijos con acceso inalámbrico.



3.2.2. Modificación a la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

La propuesta de modificación del artículo 10 considera las siguientes modificaciones:

- (i) Otorgar a los Consejos Directivos de los organismos reguladores la facultad de fijar la alícuota del aporte por regulación

Al respecto, primero es necesario señalar que el propio ente recaudador no puede, bajo ningún punto de vista, determinar a cuánto asciende el tributo que va recaudar, ello va contra los Principios Tributarios que se encuentran en la Constitución.

Complementariamente, el Principio de Legalidad – Reserva de Ley establece que todos los elementos del tributo se definen por ley. En ese sentido, como la base imponible y la alícuota son elementos del tributo deben estar definidos en una ley.

En el mejor de los casos la ley puede delegar que un Decreto Supremo establezca la alícuota, tal como establece la Constitución:

*“Artículo 74°.- Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.
(...)*

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”.

Teniendo en cuenta lo señalado, la propuesta normativa podría vulnerar las disposiciones establecidas en la Constitución.

- (ii) Destinar los montos recaudados por el aporte de regulación a los Saldos de Balances y, posteriormente a financiar el fortalecimiento y funcionamiento de las asociaciones de usuarios

Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional¹⁰ y el Tribunal Fiscal¹¹ el Aporte por Regulación, como es el caso del aporte que recauda el OSIPTEL, está constituido como un tributo del tipo “Contribución”, pues su cobro se genera por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse de la actividad reguladora que brinda el Estado; siendo así que el desarrollo de las funciones de los organismos reguladores trae consigo beneficios al mercado en general y a los contribuyentes del aporte en especial, pues estos se ven beneficiados con el ahorro de costos de transacción que se derivan de su actuación en el mercado, generándose un beneficio diferenciado a favor de los contribuyentes del tributo.

En este sentido, la propuesta de modificación implica una contradicción de lo expresamente señalado por el Tribunal Constitucional en su precitada Sentencia

¹⁰ Cfr. Fund. 6 de la Sentencia emitida en el Exp. N° 1520-2004-AA/TC.

¹¹ Ver RTF N° 416-1-2009.



emitida en el Expediente N° 3303-2003-AA/TC¹², donde se precisa de manera indiscutible la naturaleza tributaria del Aporte por Regulación:

“(...)

Naturaleza de los denominados "aportes por regulación"

3. A estos efectos, es menester definir la naturaleza de este tipo de cobros. A juicio de este Tribunal es indiscutible que tienen naturaleza tributaria y, en virtud de ello, están sometidos a la observancia de los principios constitucionales consagrados por el artículo 74° de la Constitución, que regulan el régimen tributario, como son el de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y los derechos fundamentales. (...)"

Complementariamente, debe indicarse que la incidencia tributaria está respaldada por el Tribunal Fiscal, en su Resolución N° 416-1-2009¹³, declarada como Precedente de Observancia Obligatoria, en la cual señaló textualmente que:

“(...) cabe concluir que los aportes por regulación bajo análisis constituyen contribuciones. (...)”.

En consecuencia, el Tribunal Fiscal como órgano resolutorio de última instancia administrativa en materia tributaria y aduanera, determinó que el Aporte por Regulación es un tributo cuya subespecie es la contribución mediante una resolución de observancia obligatoria; llámese a dicha calificación como actos administrativos que interpretan de modo claro, expreso y general el sentido de la norma y que ayudarán a resolver casos particulares.

En el mismo sentido, dicha Resolución N° 416-1-2009 recoge lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC del 9 de diciembre de 2005, donde señala que el aporte pagado a los Organismos de Regulación es una contribución de naturaleza tributaria.

Al respecto, el origen del hecho generador del Aporte por Regulación está sustentado en la actividad reguladora del sector de telecomunicaciones, conducido a las labores institucionales que se realizan y que generan beneficios, no solo para la sociedad, sino además para las mismas empresas contribuyentes del Aporte por Regulación, pues a través de dichas acciones se optimiza el funcionamiento del mercado.

Ahora bien, el Código Tributario establece que el rendimiento de las contribuciones no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de los servicios que constituyen el supuesto de la obligación, tal como se detalla a continuación:

“NORMA II: AMBITO DE APLICACION

Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

(...)

El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación. (...)"

¹² <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03303-2003-AA.pdf>

¹³ http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2009/1/2009_1_00416.pdf



En efecto, las contribuciones son tributos vinculados, es decir se cobran para cubrir los gastos que originen los servicios que se le prestan a los contribuyentes y que son la razón de pagar el tributo.

En ese sentido, sobre la propuesta de destinar el 10% del saldo de balance anual del Aporte por Regulación para el financiamiento de la Asociación de Consumidores, dándoles la calidad de ingresos propios, es importante señalar que, el OSIPTEL es un Organismo Regulador cuyas actividades son financiadas principal y directamente con recursos recaudados, provenientes del tributo (Aporte por Regulación) y al haberse reducido los ingresos captados por parte de los contribuyentes; se sustentó el incremento de la alícuota del Aporte, recogido y aprobado mediante Decreto Supremo N° 134-2021- PCM, vigente desde enero 2022. Ahora, es importante señalar que, en la generación de saldos de balance en el OSIPTEL, se considera lo siguiente:

- (i) Gastos comprometidos que no pudieron ser devengados al cierre fiscal por causas ajenas a la Entidad; como, por ejemplo: a) El incumplimiento de parte del proveedor en la entrega de bienes y/o prestación de servicios, conforme a las condiciones establecidas en las especificaciones técnicas y/o términos de referencia, b) El incumplimiento de parte del proveedor en la entrega de documentos establecidos en las normas Tesoro Público para que sea posible el devengado, entre otros.
- (ii) Gastos que no fueron ejecutados debido al personal vacante de los Decretos Legislativos N° 728 y N° 1057, que se genera debido a: a) Los periodos de contratación de los reemplazos del personal que en general abarcan de 2 a 3 meses, situación que se agrava con la alta rotación de personal, debido a la búsqueda de mejores condiciones laborales y b) Los periodos de atención de trámites en el Ministerio de Economía y Finanzas en los casos en que es necesario modificar documentos de gestión como: el Presupuesto Analítico de Personal (PAP), por ejemplo el trámite del PAP del año 2021 que se remitió el 31 de marzo de 2021 y fue aprobado en setiembre, debido a esta demora no se ha podido contratar varias plazas del Decreto Legislativo N° 728.

Asimismo, el Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM en el último párrafo del artículo 92, dispone que el OSIPTEL debe transferir al FITEL sus saldos de balance:

“El OSIPTEL transferirá semestralmente al FITEL la diferencia entre los recursos percibidos y los comprometidos en dicho semestre, con excepción de la reserva necesaria para mantener su buen funcionamiento y, del excedente que pudiera generarse de los recursos a que se refiere el presente reglamento”.

(Subrayado agregado)

Es decir, los saldos de balance del OSIPTEL ya tienen un destino específico; sin embargo, la misma disposición establece la excepción de la transferencia, correspondiente a la reserva para mantener el buen funcionamiento de la institución; es por dicho motivo que el OSIPTEL ha utilizado los saldos de balance en los últimos años para:



- (i) Financiar los Gastos comprometidos que no pudieron ser devengados al cierre fiscal por causas ajenas a la Entidad
- a. Los compromisos mencionados corresponden a órdenes de compra, órdenes de servicio y contratos firmados por la Entidad, que al no haber sido devengados significa que al año siguiente deberán ser financiados porque son obligaciones asumidas por la Entidad que no cuentan con Presupuesto, ya que no es posible prever incumplimientos de parte del Proveedor.
 - b. Dicha acción de financiar con cargo a saldo de balance las obligaciones asumidas no devengadas al cierre, se considera como reserva para mantener el buen funcionamiento institucional.
- (ii) Financiar las nuevas funciones asignadas al Regulador sin el correspondiente Presupuesto

Desde el año 2013 al OSIPTEL le han asignado nuevas funciones sin el correspondiente Presupuesto tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo, ya que la normativa correspondiente señalaba que las funciones asignadas debían ser financiadas con el presupuesto del OSIPTEL sin irrogar mayores gastos al Tesoro Público. Las funciones adicionales en detalle son:

- Supervisión de las obligaciones contraídas por la empresa Telefónica Móviles S.A. (hoy, Telefónica del Perú S.A.A.) con el Estado Peruano, tras la renovación del plazo de sus contratos de concesión (Resolución Ministerial N° 091-2013-MTC/03 publicada en el año 2013).
- Mayor carga de supervisión en temas de contratación (sistema biométrico / no biométrico) y de seguridad ciudadana.
- Regulación y supervisión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO).
- Regulación y supervisión de los Proyectos Regionales (redes de transporte y de acceso).
- Supervisión de bloqueo de señal de telefonía móvil en penales.
- Acceso de los emisores de dinero electrónico a los servicios móviles (Ley N° 29985, publicada el año 2013).
- Acceso de los Operadores Móviles Virtuales (OMV) a las redes de los concesionarios de telecomunicaciones (Ley N° 30083, publicada el año 2014).
- Operadores de Infraestructura Móvil Rural (OIMR).
- Supervisión al Reglamento de Calidad y Reglamento de Cobertura (integra la supervisión del Internet y la supervisión en zonas rurales).
- Obligaciones de los concesionarios para geolocalizar equipos móviles (Decreto Legislativo N° 1182, publicado el año 2015).
- Neutralidad de red (Ley N° 29904, de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica publicada el 20 de julio de 2012; Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, Reglamento de la Ley N° 29904 publicado el 4 de noviembre de 2013).
- Procedimiento de mandatos para la remoción de interferencias para la ejecución de obras de infraestructura (Decreto Legislativo N° 1330).



Así, el OSIPTEL ha debido dar cumplimiento a las funciones asignadas en las referidas normas, y debe tomarse en cuenta que el cumplimiento de dicha normativa coadyuva al cumplimiento de las metas y finalidades del Programa Presupuestal 0124 Mejora de la Provisión de Servicios de Telecomunicaciones donde el beneficiario es el usuario de telecomunicaciones. Por tanto ha correspondido financiar con cargo a los saldos de balance las mayores funciones asignadas, y también se ha considerado mantener el buen funcionamiento institucional.

(iii) Financiar necesidades de inversión institucional

La Asignación Presupuestaria Multianual – APM, es determinada por el Ministerio de Economía y Finanzas, según lo establecido en el artículo 8 de la Directiva N° 001-2021-EF/50.01 Directiva de Programación Multianual Presupuestaria y Formulación Presupuestaria; dicha asignación no recoge la totalidad de necesidades de inversión; es más en los últimos cinco (5) años la asignación inicial en la genérica de gasto Adquisición de Activos No Financieros que es donde se registran las inversiones, han sido muy bajas:

Años	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020	Año 2021
% de Presupuesto de Activos No Financieros con respecto al PIA	0.1 %	0.7 %	0.4 %	0.7 %	3.5 %

PIA: Presupuesto Institucional de Apertura

La situación descrita ha generado que muchos de los activos de la Entidad no se encuentren en condiciones óptimas; más aun considerando que el OSIPTEL requiere contar con equipos acorde con el avance de la tecnología para efectuar la medición de la calidad; y el equipamiento informático y de redes necesario que soporte los servicios en línea que se brindan a los usuarios de telecomunicaciones, como, por ejemplo; “consulta tu IMEI”, “Señal OSIPTEL”, “Comparamóvil”, “Checa tu plan”, “PUNKU”, “Consulta tu expediente virtual TRASU”, entre otros.

Ello, ha implicado que el OSIPTEL haya tenido que financiar con cargo a saldos de balance las necesidades de inversión institucional, lo que se considera mantener el buen funcionamiento institucional.

Por todo lo expuesto, no resulta viable las propuestas planteadas, al pretender destinar un porcentaje de los saldos de balances generados por el tributo “aporte de regulación” a otro fin distinto que el Estado ha destinado y dispuesto para otros fines; en el caso del OSIPTEL al FITEL y a para financiar el funcionamiento institucional.

3.2.3. Modificación de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL

La propuesta considera modificar el numeral 25.1 del artículo 25 de la Ley N° 27336, elevando los topes mínimos y máximos del monto de las multas, y fijando porcentajes máximos para cada tipo de gravedad, considerando los ingresos de las empresas.



Al respecto, el artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General¹⁴ (TUO de la LPAG), establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando determinados criterios a efectos de su graduación¹⁵.

Ahora bien, es importante señalar la problemática presentada bajo el esquema vigente de sanciones de multa establecido en el artículo 25 de la Ley N° 27336, el cual contempla tres (3) rangos (leve, grave y muy grave) con límites mínimos y máximos, y con un tope máximo de hasta 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión, tal como se detalla a continuación:

“Artículo 25.- Calificación de infracciones y niveles de multa

25.1 Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita. Los límites mínimos y máximos de las multas correspondientes serán los siguientes:

Infracción	Multa Mínima	Multa Máxima
<i>Leve</i>	<i>0,5 UIT</i>	<i>50 UIT</i>
<i>Grave</i>	<i>51 UIT</i>	<i>150 UIT</i>
<i>Muy Grave</i>	<i>151 UIT</i>	<i>35 UIT</i>

Las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión.

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

Bajo dicho escenario, y como consecuencia que, en la tipificación contenida en las distintas normas emitidas por el OSIPTEL en atención a su función normativa, se vinculaba la conducta infractora con la calificación de la infracción (leve, grave, muy grave), se evidenció que al momento de determinar las sanciones y aplicar los parámetros legales del artículo 25 de la Ley N° 27336, suceden los siguientes escenarios:

¹⁴ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-PCM

¹⁵ Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- *Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:*

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;*
 - b) La probabilidad de detección de la infracción;*
 - c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
 - d) El perjuicio económico causado;*
 - e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.*
 - f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y*
 - g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.*
- (...)”*



(i) La multa estimada supera el límite máximo legal

En la medida que la naturaleza o gravedad de la infracción represente un elevado beneficio ilícito o daño sobre los derechos de los usuarios, al mercado o a las funciones del OSIPTEL, el órgano resolutorio, en cumplimiento del Principio de Legalidad, se encuentra impedido de aplicar una multa que realmente corrija el comportamiento de la empresa operadora dado que solamente podrá imponer el límite máximo legal.

En consecuencia, el análisis costo - beneficio incurrido por la empresa operadora le resulta favorable, en tanto la sanción impuesta resulta menor en comparación a los costos evitados que incentivaron la comisión del ilícito administrativo.

Así, en el periodo comprendido entre los años 2019 y 2020, de un total de dos mil trescientas trece (2 313) multas impuestas, setenta y tres (73) sanciones de multa debieron ser reconducidas a los topes máximos, lo cual representa el 3,2% de todas las multas impuestas en dicho periodo, para dar cumplimiento a la tipificación asociada a las calificaciones establecidas en el artículo 25 de la Ley N° 27336, en concordancia con el Principio de Legalidad.

Multas reconducidas al Tope Máximo (2019-2020)

	2019	2020
Multas reconducidas hacia el tope máximo	47	26

Elaboración: Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia - DPRC

(ii) La multa estimada resulta inferior al límite mínimo legal

Existen otros casos en los que, considerando la naturaleza o gravedad de la infracción, la conducta incurrida por la empresa operadora se encuentra, previamente, clasificada como “grave” o “muy grave”; y, sin embargo, el beneficio ilícito o daño sobre los derechos de los usuarios, el mercado o a las funciones del OSIPTEL resulta mínimo; esto es, no se encuentra cercano a los límites mínimos previstos en el artículo 25 de la Ley N° 27336.

No obstante, los órganos resolutorios, en cumplimiento del Principio de Legalidad, se encuentran impedidos de aplicar una multa que resulte proporcional a la particularidad de los actos incurridos por la empresa operadora; dado que existe una calificación de la infracción vía reglamentaria.

Así, en el periodo comprendido entre los años 2019 y 2020, de un total de dos mil trescientas trece (2 313) multas impuestas, cuatrocientas (400) sanciones de multa debieron ser reconducidas a los topes mínimos (lo cual representa el 17,3% de todas las multas impuestas en dicho periodo), para dar cumplimiento a la tipificación asociada a las calificaciones establecidas en el artículo 25 de la Ley N° 27336, en concordancia con el Principio de Legalidad.



Multas reconducidas al Tope Mínimo (2019-2020)

	2019	2020
Multas reconducidas hacia el tope mínimo	165	235

Elaboración: Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia - DPRC

En virtud a lo expuesto, se evidencia que los límites máximos y mínimos establecidos en la Ley N° 27336 conlleva a que los órganos resolutivos se encuentren limitados al momento de determinar las sanciones dado que, no permite que éstas sean proporcionales al incumplimiento considerado como infracción, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Ahora, en un esquema regulatorio ideal, la vinculación entre comportamientos que suponen incumplimientos y la gravedad de los mismos alineados a rangos de multas, resultarían variables suficientes para disuadir a los administrados de desplegar comportamientos que impliquen infracciones administrativas o, de lo contrario, de reincidir en el mismo comportamiento una vez impuesta alguna multa.

Pese a ello, la imposibilidad legal del OSIPTEL para establecer su propio rango de multas, a diferencia de los organismos reguladores¹⁶, ha generado determinados escenarios en los cuales la determinación de las multas impuestas en los procedimientos administrativos sancionadores no disuade efectivamente la comisión de la infracción.

En consecuencia, es necesario que exista un correlato entre las sanciones a aplicar y los fines que deben cumplir las mismas, frente a los comportamientos que sean detectados en la etapa de supervisión e imputados, posteriormente, en la etapa instructora.

Considerando ello, en tanto es el OSIPTEL el organismo especializado en el sector de las telecomunicaciones y que además, cuenta con mayor información sobre el impacto que genera el incumplimiento de las obligaciones por parte de

¹⁶ **Escala de multas de otros Organismos Públicos**

De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27332, la función normativa otorgada a los Organismos Reguladores incluye a aprobación de su propia escala de multas dentro de los límites máximos establecidos.

A continuación se detalla los rangos de multas fijados por los otros Organismos Reguladores:

Organismo Regulador	Norma a través de la cual se aprueba la escala de multas	¿Tiene Topes?	Monto mínimo	Monto máximo
OSINERGMIN	Resolución Ministerial N° 176-99-EM-SG y la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2003-OS/CD	Tope Máximo	-	3,000 UIT
OSITRAN	Resolución N° 009-2018-CD-OSITRAN	Tope Mínimo y Máximo	1,61 UIT	900 UIT
SUNASS	Resolución N° 003-2007-SUNASS-CD	Tope Máximo	-	500 UIT
OSIPTEL	Ley N° 27336	Tope Mínimo y Máximo	0,5 UIT	350 UIT



las empresas operadoras, así como la afectación al bien jurídico protegido y el beneficio ilícito generado; es el indicado para establecer, a través del Consejo Directivo, su propia escala de multas y sanciones, el cual incluye el límite del monto de las multas a ser impuestas considerando los ingresos de las empresas.

En ese sentido, sugerimos como primera propuesta que, al igual que los otros organismos reguladores, se faculte al OSIPTEL a establecer su propia escala de multas, señalando un tope máximo independientemente de la gravedad, o en todo caso, como segunda propuesta que se elimine los topes mínimos de las multas.

IV. CONCLUSIONES

Sobre la base del análisis expuesto en los numerales precedentes, este organismo regulador manifiesta su disconformidad con las propuestas planteadas en el texto sustitutorio del Predictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 021/2021-CR, N° 079/2021-CR, N° 789/2021-CR, N° 1025/2021-CR y N° 1051/2021-CR, bajo lo señalado a continuación:

- (i) Reducir a cinco (5) años el plazo de prescripción para que los usuarios reclamen la devolución de los montos facturados por las empresas operadoras, resultaría insuficiente para que los usuarios puedan recuperar los montos facturados por servicios que no han sido prestados.
- (ii) El OSIPTEL es el organismo especializado en el sector de las telecomunicaciones y que además, cuenta con mayor información sobre el impacto que genera el incumplimiento de las obligaciones y los ingresos de las empresas operadoras; por lo que debe mantenerse en dicho organismo, la facultad de establecer el rango de la rebaja del monto de la multa como consecuencia del pronto pago, acorde a lo dispuesto en la Ley N° 27336.
- (iii) La normativa vigente ya establece que las Asociaciones de Usuarios pueden acceder a un porcentaje de las multas impuestas no mayor al 50% del monto de la multa impuesta; por lo que la propuesta debe contener un análisis sobre la necesidad de ampliar el porcentaje y el posible impacto de la propuesta, más aun cuando ello representaría la disminución de los ingresos de las entidades receptoras de estos montos, como por ejemplo, el PRONATEL.
- (iv) No resulta viable pretender destinar un porcentaje de los saldos de balances generados por el tributo "aporte de regulación" a otro fin distinto que el Estado ha destinado y dispuesto para otros fines - asociación de consumidores o grupo de particulares-; en el caso del OSIPTEL, los saldos de balance están destinados al FITEL y, excepcionalmente, para financiar el funcionamiento institucional del OSIPTEL.
- (v) El OSIPTEL es el organismo especializado en el sector de las telecomunicaciones y que además, cuenta con mayor información sobre el impacto que genera el incumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas operadoras, así como la afectación al bien jurídico protegido y el beneficio ilícito generado; por lo tanto es el indicado para establecer, a través del Consejo Directivo, su propia escala de multas y sanciones, teniendo en cuenta para el límite del monto de las multas los ingresos de las empresas.



V. RECOMENDACIONES

Conforme a lo expuesto, se recomienda remitir el presente informe Secretaría de Coordinación de la Presidencia de la Comisión de Defensa al Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, para los fines correspondientes.

Atentamente,

