

2020-CD/OSIPTTEL y N° 007-2020-CD/OSIPTTEL, así como el plazo para la remisión de comentarios a los proyectos normativos cuya publicación fue aprobada por Resoluciones N° 015-2020-CD/OSIPTTEL y N° 036-2020-CD/OSIPTTEL;

En aplicación de las funciones previstas en el inciso b) del artículo 75 del Reglamento General del OSIPTTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM; y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 753/20 del 12 de agosto de 2020;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Establecer que el plazo para la remisión de comentarios al Proyecto de Procedimiento para el Retiro de Elementos No Autorizados que se encuentren Instalados en la Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, cuya publicación fue aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-2020-CD/OSIPTTEL, culminará en cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la aprobación de la presente Resolución.

Artículo 2.- Establecer que el plazo para la remisión de comentarios al Proyecto de Norma que sustituye el artículo 17 del Texto Único Ordenado de Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, cuya publicación fue aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2020-CD/OSIPTTEL, culminará en quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente de aprobación de la presente Resolución.

Artículo 3.- Establecer que la vigencia de las disposiciones aprobadas a través de la Resolución N° 006-2020-CD/OSIPTTEL, que modifica el Texto Único Ordenado de Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y el Texto Único Ordenado del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, se inicia en treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente de aprobación de la presente Resolución.

Artículo 4.- Establecer respecto a la vigencia de las Disposiciones Complementarias Finales y las Disposiciones Complementarias Transitorias de las Normas Complementarias del RENTESEG, aprobadas mediante Resolución N° 007-2020-CD/OSIPTTEL, lo siguiente:

- La Sexta Disposición Complementaria Final y la Cuarta y Novena Disposición Complementaria Transitoria entrarán en vigencia a los treinta (30) días calendario, a ser contado a partir del día siguiente de la publicación de la presente Resolución. En cuanto al cumplimiento de lo establecido en la Sexta Disposición Complementaria Final, se precisa que la derivación al centro de atención presencial.

- El OSIPTTEL cuenta con sesenta (60) días calendario, a ser contado a partir del día siguiente de la publicación de la presente Resolución, para poner a disposición los instructivos y herramientas que sean necesarios para el correspondiente reporte de equipos terminales móviles importados, fabricados o ensamblados en el país, conforme establece la Octava Disposición Complementaria Transitoria.

Artículo 5.- Derogar las Resoluciones N° 048-2020-CD/OSIPTTEL, N° 049-2020-CD/OSIPTTEL y N° 062-2020-CD/OSIPTTEL.

Artículo 6.- Encargar a la Gerencia General que disponga las acciones necesarias para que la presente Resolución sea publicada en el Diario Oficial El Peruano. Asimismo, se encarga a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para que la presente Resolución y el Informe N° 070-GPRC/20, se publiquen en el Portal Electrónico del OSIPTTEL (<http://www.osiptel.gob.pe>).

Regístrese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

1879262-1

Confirman multas contra TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. al haber incurrido en infracciones tipificadas en el TUO de las Condiciones de Uso y el Reglamento de Supervisión

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 102 -2020-CD/OSIPTTEL

Lima, 18 de agosto de 2020

EXPEDIENTE N° :	Expediente N° 125-2019-GG-GSF/PAS
MATERIA :	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 106-2020-GG/OSIPTTEL
ADMINISTRADO :	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 106-2020-GG/OSIPTTEL, mediante la cual se declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 072-2020-GG/OSIPTTEL la misma que sancionó en los siguientes términos:

- Una (1) multa de cincuenta y un (51) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), por el incumplimiento del artículo 6^o del mismo cuerpo normativo.

- Una (1) multa de dieciocho con 10/100 (18.1) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso y sus modificatorias, por el incumplimiento del artículo 11-D² del mismo cuerpo normativo.

- Una (1) multa de dos con 60/100 (2.6) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 27³ del Reglamento General de Supervisión,

¹ "Artículo 6.- Información básica a ser proporcionada por la empresa operadora

Toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios. La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre:

(...)

(x) El procedimiento para dar de baja el servicio contratado bajo la modalidad prepago a que se refiere el artículo 14;

(xi) La velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada en Megabits por segundo (Mbps), especificándose para cada caso, la velocidad de descarga (downlink) y de envío de información (uplink), así como las condiciones que influyen en dichas velocidades, para el servicio de acceso a Internet (fijo y móvil);

(...)"

² "Artículo 11-D.- Registro de distribuidores autorizados para la contratación del servicio público móvil prepago

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTTEL el registro de distribuidores autorizados, el cual deberá contener toda la información relativa a la identificación del referido distribuidor, indicándose el(los) código(s) que se les hubiera asignado, así como la dirección de cada uno de los puntos de venta de los distribuidores autorizados en los cuales éstos se encuentran habilitados por la empresa operadora a realizar la contratación del servicio. Asimismo, la empresa operadora deberá comunicar al OSIPTTEL cualquier modificación en el referido registro, el último día hábil de cada semana, al correo electrónico distribuidores_autorizados@osiptel.gob.pe."

³ "Artículo 27.- Contenido del acta de acción de supervisión

(...)

La entidad supervisada que se niegue a firmar el acta incurrirá en infracción leve.

(...)"

aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTTEL.

(i) El Informe N° 128-GAL/2020 del 6 de agosto de 2020, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y

(ii) Los Expedientes N° 125-2019-GG-GSF/PAS y N° 256-2019-GG-GSF.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante carta N° 2384-GSF/2019, notificada el 16 de diciembre de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 3 y 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto habría incumplido con los artículos 6° y 11°-D de la referida norma; así como en el artículo 27 Reglamento de Supervisión; otorgando un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que formule sus descargos.

1.2. A través de la Resolución N° 072-2020-GG/OSIPTTEL de fecha 11 de marzo de 2020⁴, la Gerencia General resolvió sancionar a TELEFÓNICA con tres (3) multas por las comisiones de las infracciones antes señaladas, de acuerdo al siguiente detalle:

Incumplimiento	Multa Impuesta
Artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso	51 UIT
Artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso	18.1 UIT
Artículo 27 del Reglamento de Supervisión	2.6 UIT

1.3. El 3 de abril de 2020, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 072-2020-GG/OSIPTTEL.

1.4. Mediante Resolución N° 106-2020-GG/OSIPTTEL, notificada el 27 de mayo de 2020, la Gerencia General declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA.

1.5. El 17 de junio de 2020, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 106-2020-GG/OSIPTTEL y solicitó audiencia de Informe Oral. Cabe indicar que sus argumentos fueron ampliados mediante carta N° TDP-2052-AR-ADR-20 del 24 de julio de 2020.

1.6. Con fecha 13 de agosto de 2020, se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada por la empresa operadora.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias (en adelante, RFIS), y los artículos 218° y 220° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, TUO de la LPAG)⁵, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO:

3.1. Respeto de la suspensión de plazos de inicio y tramitación

Sobre lo alegado por la empresa operadora, es importante señalar que si bien por un lado hay una suspensión del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, y por el otro se tiene la habilitación para el trabajo remoto; debe considerarse que el objetivo de la suspensión establecida por el Decreto de Urgencia N° 029-2020, era garantizar que el ejercicio de los derechos de los administrados no se vea afectado,

al estar imposibilitados de acercarse a las instalaciones de la entidad para tramitar o presentar documentación y ejercer debidamente su derecho de defensa.

Aunado a lo anterior, cabe indicar que a través de la Resolución N° 041-2020-PD/OSIPTTEL⁶ – vigente desde el 04 de mayo de 2020 –, el OSIPTTEL estableció que, durante el período de vigencia de la Emergencia Sanitaria, la notificación vía correo electrónico era aplicable para todas “las comunicaciones, requerimientos u otros actos o actuaciones emitidos en los procedimientos administrativos que se tramitan ante el OSIPTTEL”. Así pues, la precitada resolución constituye el mandato legal mediante el cual el OSIPTTEL dispuso la obligatoriedad de la notificación electrónica para todas las empresas operadoras.

Como puede apreciarse, de acuerdo a lo establecido en la Resolución N° 041-2020-PD/OSIPTTEL, la notificación de la Resolución N° 106-2020-GG/OSIPTTEL tiene plena validez legal, y no afecta los efectos de la suspensión de plazos establecida por el Decreto de Urgencia N° 029-2020 y sus ampliatorias, y tampoco afecta el ejercicio del derecho de defensa de TELEFÓNICA.

Así pues, conforme se indica expresamente en el correo electrónico mediante el cual se llevó a cabo la notificación respectiva, la notificación de la antes indicada surtió efectos a partir de la culminación de la suspensión de plazos establecida a través del Decreto de Urgencia N° 029-2020 y sus ampliatorias; es decir, a partir del 11 de junio de 2020.

En esa línea, se considera que en el presente caso no se ha generado afectación alguna a los derechos que ostenta TELEFÓNICA, quien en todo momento conocía de antemano los alcances regulados en las normas antes mencionadas; y que, además, la resolución impugnada surtiría efectos desde el levantamiento de la suspensión, situación que se ha cumplido en el presente caso.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos planteados por TELEFÓNICA, en este extremo.

3.2. Respeto del incumplimiento del artículo 11°-D del TUO de las Condiciones de Uso

• Respeto de las acciones de supervisión.

En cuanto a lo alegado por TELEFÓNICA tanto en su escrito de descargos como en su Informe Oral, es preciso resaltar que el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, recoge la obligación del establecimiento de un Registro de Distribuidores Autorizados de las empresas prestadoras del servicio de telefonía móvil, el cual deberá contener toda la información relativa a la identificación del distribuidor, indicándose el(los) código(s) que se les hubiera asignado, así como la dirección de cada uno de los puntos de venta en los cuales estos distribuidores autorizados se encuentran habilitados por la empresa operadora para realizar la contratación del servicio.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, es preciso indicar que el acta de supervisión realizada en San Juan de Lurigancho consigna – entre otros datos- el lugar y la fecha en donde se efectuó la acción de supervisión, indicándose que la contratación se realizó en la vía pública. En esa línea, más allá de lo cierto que pueda resultar la celebración de un acuerdo entre el administrador del punto de venta y el dueño del inmueble para el uso de una parte del espacio del mismo, dicho documento no resulta pertinente para excluir de responsabilidad a la empresa operadora en relación a una contratación no efectuada en una dirección exacta y específica.

Ahora bien, en lo correspondiente a la presencia de un murete que acreditaría que el módulo de venta se encontraba dentro de la propiedad, corresponde señalar que la “Norma de Conexiones para Suministro de Energía Eléctrica Hasta 10 kW” aprobada por Resolución Directoral N° 080-78-EM/DGE no resulta pertinente para

⁴ Notificada el 13 de marzo mediante carta N° 151-GCC/2020.

⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁶ Aprueban Reglas para el uso de la Mesa de Partes Virtual del OSIPTTEL

eximir de responsabilidad a la empresa operadora en relación a una contratación en la vía pública, toda vez que, tal como lo indica el numeral 9, la construcción de un murete se encuentra relacionado a un suministro determinado, y, en el caso particular, no le corresponde al OSIPTEL determinar si dicho muro y/o suministro le correspondía a la Farmacia Nova o, peor aún, determinar los linderos del inmueble en mención.

De otro lado, respecto de las actividades que no habría desarrollado la Municipalidad de San Juan de Lurigancho y que – a decir de TELEFÓNICA- acreditarían que el punto de venta analizado no se encontraba en la vía pública, resulta importante señalar que este procedimiento administrativo sancionador no pretende determinar las competencias que debieron o no ser ejercidas por otra entidad administrativa, sino más bien acotar el análisis a las facultades de supervisión y fiscalización que ostenta el OSIPTEL y que permitieron advertir que la empresa operadora no estaba cumpliendo con remitir a este Organismo Regulador la dirección de cada uno de los puntos de venta de los distribuidores autorizados en los cuales se encontraba habilitada a realizar la contratación de servicios.

Finalmente, el hecho que la GSF haya considerado la ubicación en donde se desarrolló la acción de supervisión de San Juan de Lurigancho, para otros expedientes de supervisión, no significa que haya validado el cumplimiento del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso.

En consecuencia, tomando consideración todo lo expuesto, los argumentos expuestos por la empresa operadora en este extremo quedan desvirtuados.

• Respecto del Principio de Predictibilidad

El OSIPTEL, en todo momento, ha observado el Principio de Predictibilidad pues tal como lo manifestó la propia empresa operadora, la decisión de prohibir la venta ambulatoria si bien modificó un pronunciamiento previo, se sustentó no solo en una carta de Gerencia General sino también en un Informe de la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, documentos a través de los cuales se motivó la decisión del Regulador.

Siendo así, TELEFÓNICA no podría alegar la existencia de una expectativa legítima en relación al ofrecimiento de servicios en la vía pública, en tanto el pronunciamiento del OSIPTEL fue notificado y motivado correctamente, y los hechos constitutivos de la infracción son posteriores a la comunicación.

En función de todo lo expuesto, los argumentos expuestos por la empresa operadora en este extremo quedan desvirtuados.

• Respecto del Principio de Tipicidad

Cuando el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso exige a la empresa de telefonía móvil, que en el Registro de Distribuidores Autorizados se incluya la dirección del punto de venta habilitado para ser el lugar donde se realice la contratación del servicio con el usuario, lo que la norma persigue es que se trate de un local ubicado en un lugar dotado de una dirección cierta e identificada, donde se desarrolla la actividad comercial en forma permanente, no resultando acorde con lo previsto en dicha norma la posibilidad de realizar contrataciones en la vía pública.

De otro lado, aunado a lo antes descrito, debe indicarse que de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL – Ley N° 27336, este Organismo Regulador tiene discrecionalidad para determinar los planes y métodos de trabajo para la consecución de los fines de supervisión, garantizando – lógicamente- la razonabilidad y legalidad de los mismos.

En ese sentido, no resulta relevante si la obligación contenida en el artículo 11-D es supervisada de diferente manera en diferentes oportunidades, en tanto, con cualquiera de las metodologías utilizadas, los comportamientos reprochados se ajustan a la tipificación de la disposición normativa respectiva.

Siendo así, en el caso particular se tiene que, aun cuando la empresa operadora hubiese reportado las

ubicaciones de los lugares en donde se efectuaron las contrataciones que dieron lugar a la multa impuesta por la Gerencia General, lo cierto es que al ser parte de la vía pública no hubieran tenido una dirección específica y con ello no habrían podido ser reportadas como un punto de venta válido.

De acuerdo a lo anterior, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

3.3. **Respecto del incumplimiento del artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso**

Contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA, el artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso no solo dispone el derecho de toda persona a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones; sino también la obligación de esta última de brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa.

Ahora bien, a fin de ahondar en la obligación por parte de la empresa operadora, debe incidirse en que el segundo párrafo del artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso señala que ésta se encuentra obligada a brindar la información, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, con lo cual queda evidenciado que dicho artículo no sólo se encuentra referido a información que se deba suministrar en el proceso de contratación, sino también antes de la vigencia de la relación empresa-cliente. Se trata – entonces- de información que se deba brindar cuando la relación contractual ya existe pero también de información que es necesaria para tomar una decisión, realizar una elección, o usar o consumir un servicio.

Por otro lado, el artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso también ha establecido una lista de información que “como mínimo” la empresa operadora se encuentra obligada a brindar en caso le fuera solicitada. Siendo así, no es correcto que TELEFÓNICA asuma que la información sobre el procedimiento de baja y el detalle de las velocidades contratadas sean datos menores o complementarios, en tanto la norma ya ha definido lo mínimo que debería conocer un usuario para efectuar una correcta contratación y posterior uso de su servicio.

Asimismo, tampoco podría asumirse que la concretización de una contratación es sinónimo inexcusable de que la información proporcionada fue suficiente, completa y/o correcta. Lo mencionado se sustenta en la asimetría informativa existente en la relación de consumo, que hace que una de las partes cuente con mejor información que la otra. De esta manera, resultaría contrario a la *ratio legis* de la norma pretender interpretar que el derecho a recibir información se agota con la entrega de la misma sin importar su calidad, más cuando es el usuario quien se encuentra en una posición menos favorable antes y durante la contratación dado que no podría determinar a ciencia cierta, cuando la información que le están otorgando es precisa.

Por tal motivo, corresponde que las empresas operadoras provean información que responda a las necesidades de aquellos que la solicitan, toda vez que –de cara a la persona que la requiere- el suministro de información inexacta, incompleta, imprecisa, ambigua o deficiente, pueden generar un efecto equivalente al de no contar con información para tomar una decisión, lo cual traerá como consecuencia que el ciudadano adopte una decisión inadecuada, siendo en este caso, la decisión de contratar un servicio sobre la base de características incorrectas y/o inexistentes.

Finalmente, en lo vinculado a la derivación a otras fuentes de información, aun cuando TELEFÓNICA señale que existen medios a través de los cuales pone a disposición de los usuarios toda la información relativa al servicio, no se puede sostener que ello releva la obligación a cargo de la empresa de entregar información clara, veraz, detallada y precisa, en el momento que el usuario solicita determinada información expresamente a quien le vende el servicio en nombre de la empresa, puesto que es más bien en dicha oportunidad en la que

el usuario puede preguntar directamente respecto a la información que para él resulte relevante a efectos de tomar una decisión de consumo.

Adicionalmente, es importante remarcar que si bien el Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571, establece que cuando los proveedores de bienes o servicios brinden información complementaria podrán hacerla por remisión a otras fuente de información como sitios en internet; en el presente caso, como ya se ha explicado previamente, la información materia de análisis no era complementaria sino principal y parte del conjunto de datos que mínimamente deben ser puestos a disposición de los usuarios antes, durante y después de la contratación, con lo cual la remisión de los asesores comerciales a otros medios de difusión no satisfacen el cumplimiento de la obligación supervisada.

En tal sentido, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

3.4. Respeto del incumplimiento del artículo 27 del Reglamento de Supervisión

En principio, corresponde indicar que el presente PAS se inició y sancionó el incumplimiento del artículo 27 del Reglamento de Supervisión, por cuanto en un total de dos (2) acciones de supervisión, las personas con quienes se entendió la acción de supervisión, se negaron a firmar las actas correspondientes.

Siendo así, sobre lo manifestado por la empresa operadora es preciso reiterar lo ya indicado por la Gerencia General, esto es que conforme al Principio de Causalidad consagrado en el numeral 8 del artículo 243 del TUO de la LPAG, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta activa u omisiva constitutiva de infracción. De ello se desprende que, la realización de la conducta cuyo incumplimiento se imputa, no debe encontrarse afectada por alguno de los supuestos que determinan la no imputabilidad por la inejecución de conductas que son objeto de obligaciones legales tales como, caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias que no resulten imputables al administrado, por encontrarse fuera del control del mismo.

De otro lado, el Principio de Personalidad de las Sanciones aplicado al análisis de responsabilidad administrativa por parte de una persona jurídica es particular, toda vez que ésta no actúa por sí misma sino que se desenvuelve en el terreno fáctico a través de personas naturales, recayendo sobre la referida persona jurídica el deber de “garantizar” el cumplimiento de las obligaciones que ha delegado en terceros, en los casos en los que el incumplimiento de esta obligación puede degenerar en lo que se conoce como culpa *in vigilando*.

Es importante notar que no se trata de determinar únicamente a quien corresponde la autoría por la comisión de determinados hechos; sino de atribuir responsabilidad respecto a la comisión de una infracción administrativa; siendo esto segundo perfectamente separable de lo primero. Una interpretación en sentido contrario haría inviable la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, debido a que las acciones de éstas no son realizadas por ella, sino se valen para ello de terceras personas (físicas o jurídicas).

En ese sentido, en el caso específico, le correspondía a TELEFÓNICA verificar que en todos los puntos en los cuales se comercializa sus servicios, se cumpla con lo dispuesto por el TUO de las Condiciones de Uso. La empresa operadora no puede evadir el cumplimiento de obligaciones normativas manifestando que no se ha acreditado que mantiene una relación contractual, laboral y legal con el asesor supervisado, si a partir del contrato celebrado con dicho asesor respecto de la adquisición de la línea telefónica, en estos casos, prepago, se crea una relación contractual entre TELEFÓNICA y el abonado que adquiere la línea, en tanto que la empresa operadora procede a brindar el servicio y obtiene una contraprestación económica producto de ello.

Por lo expuesto, tal como fue indicado por la Gerencia General en sus Resoluciones N° 072-2020-GG/OSIPTEL y N° 106-2020-GG/OSIPTEL, no resulta jurídicamente válido que TELEFÓNICA pretenda eximirse de responsabilidad de la no firma de las actas de supervisión

por los asesores supervisados, máxime cuando además que la activación es realizada por ella, los códigos utilizados por los asesores supervisados fueron otorgados por la propia empresa a sus distribuidores autorizados, y que conforme lo expone en sus descargos tiene vínculo comercial con éstos, por dicha razón los considera “socios comerciales”.

Con relación a lo indicado por TELEFÓNICA sobre la definición de “entidad supervisada” en el Glosario de definiciones del TUO de las Condiciones de Uso, es preciso indicar que la empresa operadora parte de una premisa errada, puesto que el numeral b) del artículo 2 de la referida norma, señala de manera expresa que la entidad supervisada también involucra a personas naturales que realizan actividades sujetas a competencia del OSIPTEL.

En ese sentido, siendo que en el presente caso, las supervisiones estaban enfocadas a verificar el cumplimiento del procedimiento de las contrataciones de servicios públicos de telecomunicaciones, el OSIPTEL- a través de la GSF- estaba facultado para supervisar toda la cadena de venta que tiene TELEFÓNICA para ofrecer su servicio de telefonía móvil, -incluido los lugares donde se efectúa la venta, contratación y activación de las líneas móviles-, debido a que es responsable de todo el proceso de contratación.

De acuerdo a lo anterior, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

3.5. Respeto de los criterios de graduación de la sanción

En cuanto a la existencia de un beneficio ilícito, debe indicarse que existió un costo evitado que sí ha sido determinado por la Primera Instancia. Al respecto, es preciso señalar que las decisiones internas de las empresas operadoras relacionadas a posibles inversiones de capacitación deben estar orientadas no solo a las ventas de la empresa, sino al cumplimiento de la normativa vigente (vg. Adecuada implementación de puntos de venta autorizados). Para tal efecto, la empresa debe adoptar las medidas que garanticen que la capacitación y el personal contratado es el idóneo, lo que no ha quedado demostrado en este caso, dados los incumplimientos de los artículos materia de análisis.

Vale agregar que pese a que TELEFÓNICA indicó en su Informe Oral que habría implementado medidas para evitar incurrir nuevamente en las conductas imputadas, lo cierto es que tales afirmaciones fueron comunicadas al OSIPTEL antes de la verificación de la Medida Cautelar (Expediente N° 008-2019-GG-GSF/CAUTELAR) impuesta; sin embargo, luego de la supervisión correspondiente, se observó que la empresa operadora aún incurría en dichas infracciones.

Sobre la probabilidad de detección, es importante indicar que la misma depende de las características bajo las cuales se realiza la verificación del cumplimiento de las obligaciones; siendo así, la supervisión del artículo 11-D no solo implica recibir los reportes de la empresa operadora, sino garantizar que las contrataciones se efectúen únicamente en los puntos de venta habilitados, con lo cual, la detección del universo de incumplimientos resulta complejo.

En esa misma línea, se debe considerar que si bien el TRASU ha implementado estadísticas sobre la base de la información reportada por las empresas operadoras, lo cierto es que los casos de abonados que llegan a interponer un reclamo no constituyen la totalidad de incidencias, con lo cual no se podría determinar que la probabilidad de detección del artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso sea alta.

Respecto de la gravedad del daño interés público y/o bien jurídico protegido, no es correcto lo aseverado por TELEFÓNICA, dado que el OSIPTEL si tiene certeza del impacto de los incumplimientos observados, los mismos que han sido detallados en la Resolución N° 072-2020-GG/OSIPTEL.

Respecto del perjuicio económico, es preciso indicar que en el apartado III de la Resolución N° 072-2020-GG/OSIPTEL, la Gerencia General desarrolló cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el

Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG y en el RFIS, acotando el análisis de cada uno de ellos a los hechos observados en el presente expediente.

Así, tomando en cuenta que – en general- la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y circunstancias en los que se observó el incumplimiento, aquellos criterios para los que no se cuente con evidencia cuantificable, no fueron considerados en la determinación de la multa, tal como se advirtió para el “perjuicio económico” indicado por TELEFÓNICA; no obstante, ello no le resta sustento ni objetividad al cálculo efectuado por Gerencia General.

En relación a la intencionalidad y la reincidencia, resulta importante señalar que -de acuerdo a lo establecido por el TUO de la LPAG - constituyen agravantes; sin embargo, los mismos no han sido observados ni por el órgano instructor ni por la Primera Instancia, razón por la cual no fueron considerados en la graduación de la multa impuesta.

Debe precisarse – además- que para la configuración de los tipos infractores materia del presente PAS, no es necesaria la intencionalidad en la conducta del agente, sino que puede configurarse si este infringió un deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado pudo prevenir. Así, el nivel de diligencia exigido a TELEFÓNICA debe ser alto, puesto que dicha 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, atendiendo a dichas circunstancias, se espera que dicha empresa adopte suficientes medidas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resultan exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde honrar obediencia a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control, no obstante, la empresa no ha aportado medios probatorios que permitan acreditar dicha situación.

Finalmente, en relación al cese y la implementación de medidas, resulta necesario hacer referencia a lo ya dispuesto por la Gerencia General, esto es que no ha existido cese, en tanto en el marco de la verificación de la Medida Cautelar impuesta, se verificó que TELEFÓNICA no cumplió con adecuar su conducta pese a que, a dicha fecha, presuntamente había implementado todas las medidas indicadas en su carta N° TDP-2052-AR-ADR-20 del 24 de julio de 2020.

3.6. Respecto de la razonabilidad de la imposición de multas administrativas.-

En relación al juicio de adecuación, es preciso reiterar lo ya señalado por la Gerencia General, esto es que la gravedad de los bienes jurídicos impactados (derechos de los usuarios y la facultad supervisora del OSIPTEL) así como el hecho de que previamente a la tramitación del presente PAS, TELEFÓNICA había sido parte de otros procedimientos administrativos sancionadores (artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso) y, también había sido alertado oportunamente de las decisiones del Regulador (artículo 27 del Reglamento de Supervisión).

Ahora bien, respecto del presunto exceso de punición, es preciso indicar que se conoce como tal a aquel vicio de nulidad del acto administrativo que se genera cuando la sanción impuesta a un administrado no guarda proporcionalidad con el objetivo de la norma represiva que sustentó el dictado del precepto como la emisión del acto administrativo sancionador (desvío de poder).

Sin embargo, el impacto y las circunstancias en las cuales se dio el incumplimiento analizado explica lo adecuado del inicio del presente PAS y la subsiguiente imposición de una multa administrativa, la misma que ha sido cuantificada siguiendo los criterios establecidos en el TUO de la LPAG y el RFIS.

De otro lado, sobre el juicio de necesidad, tal como se expuso en la Resolución N° 072-2020-GG/OSIPTEL, no correspondía aplicar comunicaciones preventivas o medida de advertencia, debido a que la primera de ellas se impone en el marco de acciones monitoreo (artículo

7 del Reglamento de Supervisión) y, la segunda, pese a que puede ser impuesta durante la etapa de supervisión (artículo 30 del Reglamento de Supervisión) no resultaban aplicables considerando la gravedad del impacto de las infracciones.

Adicionalmente, sobre la posibilidad de aplicar una Medida Correctiva en vez de un PAS, corresponde hacer referencia a la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, publicada el 20 de abril de 2017 que refiere que las medidas correctivas podrían ser posibles de ser aplicadas en el caso de reducido beneficio ilícito, probabilidad de detección elevado y en situaciones donde no se han presentado agravantes, de modo tal que la multa a ser aplicada es de una cuantía considerablemente reducida o nula.

En atención a ello, en el presente PAS se ha observado una baja probabilidad de detección (artículos 6 y 11-D del TUO de las Condiciones de Uso) y un beneficio ilícito significativo en relación a las tres (3) infracciones evaluadas. Siendo así, no era objetivamente posible la imposición de una Medida Correctiva y menos aún mecanismos de coordinación con nulo *enforcement*.

Finalmente, sobre el juicio de proporcionalidad, corresponde señalar que la tipificación de los artículos analizados no incluye un porcentaje mínimo de incumplimiento, impacto o gravedad para su imputación; razón por la cual las conductas observadas en el marco del presente PAS constituyen inputs suficientes para determinar el inicio de una medida administrativa y una posterior sanción.

En consecuencia, los argumentos presentados por TELEFÓNICA en este extremo quedan desvirtuados.

IV. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

Al ratificar este Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso, corresponde la publicación de la presente Resolución.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones, en lo referente a la determinación de responsabilidad, expuestos en el Informe N° 128-GAL/2020 del 6 de agosto de 2020, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual –conforme al numeral 6.2 del artículo 6° del TUO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución y, por tanto, de su motivación.

Por tanto, en aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 754/2020 del 13 de agosto de 2020.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 106-2020-GG/OSIPTEL, y en consecuencia:

i) Confirmar la MULTA de CINCUENTA Y UN (51) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso y sus modificatorias, por el incumplimiento del artículo 6 del mismo cuerpo normativo.

ii) Confirmar la MULTA de DIECIOCHO CON 10/100 (18.1) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso y sus modificatorias, por el incumplimiento del artículo 11-D del mismo cuerpo normativo.

iii) Confirmar la MULTA de DOS CON 60/100 (2.6) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 27 del Reglamento de Supervisión.

Artículo 2.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

(i) La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 128-GAL/2020 a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.;

(ii) La publicación de la presente Resolución el Diario Oficial El Peruano.

(iii) La publicación de la presente resolución, el Informe N° 128-GAL/2020 y la Resolución N° 106-2020-GG/OSIPTEL, en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

(iv) Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL, para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

1879266-1

Declaran fundados en parte recursos de apelación interpuestos por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 114-2020-GG/OSIPTEL y contra denegatoria ficta de recurso de reconsideración contra la Resolución N° 089-2018-GG/OSIPTEL

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 103-2020-CD/OSIPTEL**

Lima, 18 de agosto de 2020

EXPEDIENTE N°	: 005-2018-GG-GSF/PAS (tiene por acumulado el Expediente N° 066-2018-GG-GSF/PAS)
MATERIA	: Recursos de apelación interpuestos por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 114-2020-GG/OSIPTEL y contra la denegatoria ficta del Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 089-2018-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) el 2 de julio de 2020, contra la Resolución N° 114-2020-GG/OSIPTEL mediante la cual se declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 256-2018-GG/OSIPTEL, mediante la cual se sancionó a dicha empresa con una (1) multa de ciento cincuenta (150) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada 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), en tanto habría incumplido lo dispuesto en el artículo 12-A de dicha norma.

(ii) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA el 20 de julio de 2020, ante la denegatoria ficta de su Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 089-2018-GG/OSIPTEL, mediante la cual se sancionó a dicha empresa con una (1) multa de ochenta y cinco con 10/100 (85,1) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, en tanto habría incumplido lo dispuesto en los artículos 12 y 12-A de dicha norma.

(iii) El Informe N° 131-GAL/2020 del 9 de agosto de 2020, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve los Recursos de Apelación, y

(iv) Los Expedientes N° 005-2018-GG-GSF/PAS y N° 066-2018-GG-GSF/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

Expediente N° 005-2018-GG-GSF/PAS

1.1. Mediante carta N° 062-GSF/2017, notificada con fecha 11 de enero de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto habría incumplido lo previsto en los artículos 12² y 12-A³ de la referida norma, en el caso de sesenta y nueve (69) y quinientas veintinueve (529) líneas, respectivamente; otorgando un plazo de diez (10) días para presentar sus descargos, los cuales no fueron alcanzados.

1.2. Con fecha 26 de marzo de 2018, TELEFÓNICA solicitó a la GSF la realización de un Informe Oral.

1.3. Con carta N° 207-GG/2018, notificada el 28 de marzo de 2018, la Gerencia General puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción N° 041-GSF/2018, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.

1.4. A través de la carta TDP-0892-AG-ADR-18 presentada el día 2 de abril de 2018, TELEFÓNICA presentó sus descargos al Informe N° 041-GSF/2018; y el 04 de abril de 2018, hizo uso de la palabra.

1.5. Mediante Memorando N° 0342-GG/2018 de fecha 6 de abril de 2018, la Gerencia General solicitó a la GSF evalúe los descargos presentados por TELEFÓNICA; lo cual fue atendido el 23 de abril de 2018 mediante Informe N° 067-GSF/2018.

1.6. Con fecha 4 de mayo de 2018, mediante comunicación N° TDP-1245-AG-ADR-18, TELEFÓNICA presentó descargos adicionales.

1.7. A través de la Resolución N° 089-2018-GG/OSIPTEL de fecha 10 de mayo de 2018⁴, la Gerencia General resolvió sancionar a TELEFÓNICA con una multa de ochenta y cinco con 10/100 (85,1) UIT por el incumplimiento de los artículos 12 y 12-A del TUO de las Condiciones de Uso.

1.8. Mediante carta N° TDP-1852-AR-ADR-18, recibida el 1 de junio de 2018, interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 089-2018-GG/OSIPTEL.

1.9. El 20 de julio de 2020, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación ante la denegatoria ficta de su Recurso de Reconsideración, en aplicación del Silencio Administrativo Negativo y solicitó Informe Oral.

1.10. Mediante carta N° TDP-2037-AR-ADR-20, recibida el 22 de julio de 2020 TELEFÓNICA solicita la acumulación de los Expedientes N° 005-2018-GG-GSF/PAS y N° 066-2018-GG-GSF/PAS.

Expediente N° 066-2018-GG-GSF/PAS

1.11. Mediante carta N° 1107-GSF/2018, notificada el 19 de julio de 2018, la GSF comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS, por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto habría incumplido con los artículos 12⁵ y 12-A⁶ de la referida norma; otorgando un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que formule sus descargos.

1.12. Con carta N° TDP-2508-AR-ADR-18 recibida el 3 de agosto de 2018, TELEFÓNICA solicitó una prórroga de

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

² Vigente hasta el 30 de setiembre de 2015.

³ Vigente a partir del 1 de febrero de 2016.

⁴ Notificada el 11 de mayo de 2018 mediante carta N° 319-GG/2018.

⁵ Vigente hasta el 30 de setiembre de 2015.

⁶ Vigente a partir del 1 de febrero de 2016.