

PRECEDENTES VINCULANTES

(Constitucionales, Judiciales y Administrativos)

Año XXXI / N° 1183

1

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00169-2022-CD/OSIPTEL

Lima, 05 de octubre de 2022

EXPEDIENTE	0096-2021-GG-DFI/PAS
MATERIA	Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A contra la Resolución N° 074-2022-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) contra la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTEL, que sancionó con una Multa de 51 UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones¹, en adelante RGIS), por haber incumplido con entregar la información requerida mediante la carta N° 799-GSF/2020, dentro del plazo perentorio establecido.

(ii) Los Informes N° 222-OAJ/2022 y N° 228-OAJ/2022 elaborados por la Oficina de Asesoría Jurídica, y;

(iii) El Expediente N° 0096-2021-GG-DFI/PAS.

I. ANTECEDENTES:

1.1. A través de la carta N° 2147-DFI/2021 notificada el 11 de octubre de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador por presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada como grave en el literal a) del artículo 7 del RGIS, dado que no habría entregado la información requerida con carácter obligatorio mediante la carta N° 799-GSF/2020, notificada el 16 de junio de 2020, dentro del plazo perentorio establecido en la misma.

1.2. El 5 de noviembre de 2021, luego del plazo de ampliación concedido, TELEFÓNICA presentó sus descargos a través de la carta N° TDP-3760-AR-ADR-21.

1.3. Posteriormente, el 30 de diciembre de 2021, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 282-DFI/2021, mediante el cual analiza los descargos presentados por TELEFÓNICA.

1.4. Mediante la carta N° 056-GG/2022 notificada el 20 de enero de 2022, la Gerencia General remitió a

TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción, otorgándole cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.

1.5. El 11 de febrero de 2022, a través de la carta N° TDP-0592-AR-ADR-22, TELEFÓNICA presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.

1.6. A través de la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTEL de fecha 15 de marzo de 2022, la Primera Instancia resolvió sancionar a TELEFÓNICA conforme al siguiente detalle:

“SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una MULTA de 51 UIT por la infracción tipificada como grave en el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por cuanto no habría entregado la información requerida mediante la carta N° 799-GSF/2020, dentro del plazo perentorio establecido, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”

1.7. El 6 de abril de 2022, a través de la carta N° TDP-1570-AR-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTEL.

1.8. Mediante Resolución N° 118-2022-GG/OSIPTEL de fecha 21 de abril de 2022, la Primera Instancia encauzó el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA a través de la carta N° TDP-1570-AR-ADR-22 de fecha 6 de abril de 2022, como un Recurso de Apelación, toda vez que los argumentos formulados por la empresa operadora constituyen una materia de puro de derecho que no corresponde ser analizada en el marco de un Recurso de Reconsideración.

1.9. Asimismo, a través del Memorando N° 170-GG/2022 de fecha 25 de abril de 2022, la Primera Instancia elevó a la Secretaría del Consejo Directivo el Recurso interpuesto por TELEFÓNICA, a fin de que se le otorgue el trámite de Recurso de Apelación y sea puesto en conocimiento ante el Consejo Directivo del OSIPTEL, en su calidad de Segunda Instancia Administrativa.

1.1. El 13 de mayo de 2022, mediante carta N° TDP-2043-AR-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso

¹ 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.

de Apelación contra la Resolución N° 118-2022-GG/OSIPTEL.

1.2. Con Memorando N° 501-OAJ/2022 de fecha 12 de mayo de 2022, la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (DPRC) precise si, en efecto, la aplicación de la Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL² (Metodología del Cálculo de Multa) resulta más favorables; el cual fue atendido mediante el Memorando N° 435-DPRC/2022 de fecha 16 de agosto de 2022.

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, 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. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

TELEFÓNICA sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

3.1. La sanción impuesta no se corresponde con las reglas y principios para la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones administrativas en el ejercicio del ius puniendi estatal, ni los propios antecedentes emitidos por el OSIPTEL.

3.2. Habría cumplido con presentar la información solicitada por medio de la carta N° 799-GSF/2020.

3.3. La delimitación de plazos sin considerar el proceso de extracción y procesamiento de la información acorde a los formatos del regulador, no debería ser el único punto de partida para el análisis razonable de los hechos en el marco de un procedimiento sancionador.

3.4. En el marco de la evaluación de razonabilidad, se debería considerar que los reportes observados fueron debidamente presentados, razón por la que debió aplicarse el eximente de responsabilidad por la subsanación voluntaria.

3.5. El inicio del presente procedimiento sancionador no cumpliría con las tres dimensiones del test de razonabilidad y es contrario al enfoque preventivo del enforcement regulatorio adoptado por el OSIPTEL.

3.6. Correspondería revocar el encauzamiento de su Recurso de Reconsideración, en tanto considera que en otros procedimientos se ha analizado pruebas sobre cuestiones de "puro derecho" como nueva prueba.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:

4.1. Sobre la naturaleza del Recurso de Reconsideración

1. Cuestión de discusión

TELEFÓNICA sostiene que correspondería revocar el encauzamiento de su Recurso de Reconsideración, en tanto considera que en otros procedimientos se ha analizado pruebas sobre cuestiones de "puro derecho" como nueva prueba.

Otra empresa operadora ha señalado que el artículo 219 del TUO de la LPAG, a su entender, no prohibiría que la nueva prueba incluya el aporte de argumentos jurídicos, así como tampoco se otorga potestad discrecional a la autoridad para determinar si el medio probatorio contiene argumentos que ya fueron analizados o que no están referidos al caso en particular. Agrega que, la calificación de los requisitos de admisibilidad del recurso de reconsideración, a su entender, vulneraría los Principios de Predictibilidad, Informalismo y su derecho de contradicción.

2. Marco Legal

Los artículos 120 y 217 del TUO de la LPAG establecen que, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos, es decir el recurso de reconsideración y el de apelación.

"Artículo 120.- Facultad de contradicción administrativa

120.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos. (...)"

"Artículo 217. Facultad de contradicción

217.1 Conforme a lo señalado en el artículo 120, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente, iniciándose el correspondiente procedimiento recursivo. (...)"

Ahora bien, conforme establece el artículo 219 del TUO de la LPAG, el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y debe sustentarse en nueva prueba, salvo actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia. Además, es importante indicar que este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación. Mientras que el recurso de apelación, conforme establece el artículo 220, se sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestionamientos de puro derecho, y quien resuelve es el superior jerárquico.

"Artículo 219.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación".

"Artículo 220.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".

Además, es importante señalar que el recurso de reconsideración tiene como finalidad que la misma autoridad que resolvió el procedimiento evalúe la nueva prueba aportada por el administrado y, sobre la base de dicho análisis, pueda modificar su pronunciamiento, de ser el caso. Sin embargo, la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración debe ser entendida como la presentación de un nuevo medio probatorio que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos controvertidos, toda vez que solo así se justificaría que la misma autoridad administrativa tenga que revisar su propio análisis.

Precisamente, en esa línea, la doctrina⁴ señala que: "... no cabe la posibilidad de que la autoridad instructora pueda

² Aprobado por Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL

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

⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

cambiar el sentido de su decisión con solo pedírsele, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso en concreto y ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello, perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan solo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite reconsideración”.

Por su parte, respecto a la naturaleza de la nueva prueba que debe ser presentada como requisito en el recurso de reconsideración, el Poder Judicial⁵ ha señalado lo siguiente: *“la nueva prueba debe servir para demostrar algún nuevo hecho o circunstancia, idea que es perfectamente aplicable a la finalidad del recurso de reconsideración, la cual es controlar las decisiones de la administración en términos de verdad material y ante la posibilidad de la generación de nuevos hechos”.*

En efecto, conforme a lo indicado, el recurso de reconsideración está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente; y por tanto, no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan cuestionar argumentos sobre los hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la autoridad, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento⁶.

De lo expuesto, se concluye que la nueva prueba que es requisito para la interposición de un recurso de reconsideración, en ningún caso, incluye resoluciones, sentencias, pronunciamientos, entre otros, que solo aporten argumentos jurídicos analizados anteriormente o argumentos de derecho que no estén referidos al caso en particular, y tal como se ha señalado, un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un recurso de apelación.

3. Análisis

En el escrito de fecha 6 de abril de 2022 presentado por TELEFÓNICA como recurso de reconsideración contra la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTTEL, la empresa argumenta lo siguiente:

(i) A través de las cartas N° TDP-2207-GGR-20 y N° TDP-2516-AF-GGR-20 de fechas 10 y 31 de agosto de 2020, respectivamente, habría cumplido con presentar el íntegro de la información solicitada a través de la carta N° 799-GSF/2020, en ese sentido, a su entender, el presente procedimiento carecería de objeto, ya que se ha cumplido con la obligación.

(ii) Correspondería aplicar el eximente de responsabilidad de subsanación voluntaria, en tanto que, a su consideración, habría cumplido con remitir lo solicitado por el OSIPTTEL antes del inicio del presente PAS y no se ha acreditado la existencia de una afectación; para lo cual, adjunta como prueba la Resolución N° 157-2020-GG/OSIPTTEL.

(iii) Afirma que, las multas impuestas en su contra resultan contrarias al Principio de Razonabilidad, dado que no cumplen con las tres dimensiones del Test de Razonabilidad y contravienen al enfoque preventivo del *enforcement*. Agrega que, inmotivadamente se ha optado por inaplicar una medida menos gravosa a la sanción administrativa, como lo es la medida correctiva; para lo cual adjunta como prueba la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTTEL.

Sobre ello, en línea con lo señalado por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 118-2022-GG/OSIPTTEL, este Consejo considera que las nuevas pruebas presentadas, no aportan nuevos argumentos que ameriten que dicha Instancia revise su pronunciamiento, sino que se limitan a cuestionar argumentos de derecho que no desvirtúan lo resuelto.

En efecto, TELEFÓNICA presenta como prueba la Resolución N° 157-2020-GG/OSIPTTEL con la finalidad que se aplique el eximente de responsabilidad de subsanación voluntaria de la conducta investigada y se proceda con el archivo del presente procedimiento.

Sobre ello, corresponde precisar que la referida Resolución se pronunció sobre infracciones al

Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico⁷, verificándose que se configuró la subsanación voluntaria, toda vez que la citada empresa acreditó que cesó su conducta y que no se produjeron efectos que revertir; sin embargo, ello no se ha configurado en el presente procedimiento, toda vez que, tal como ha señalado la DFI y se sustenta en la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTTEL, en TELEFÓNICA, no ha acreditado el cese de la conducta, en tanto que con la remisión de las cartas N° TDP-02207-AF-GGR-20 y N° TDP-2516-AF-GGR-20, sólo fue remitida parte de la información solicitada.

Por tanto, la resolución ofrecida como nueva prueba no desvirtúa la fundamentación que respaldó la sanción impuesta, menos aún si se refiere a una infracción distinta.

Asimismo, TELEFÓNICA ha presentado como prueba, la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTTEL con la finalidad de resaltar que la administración puede optar por imponer una medida menos gravosa que la sanción administrativa, como lo es la imposición de una medida correctiva.

Al respecto, dicha resolución corresponde a una alegación meramente jurídica que no desvirtúa los hechos que sustentaron lo resuelto; debiendo resaltarse, además, que la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTTEL ha motivado adecuadamente por qué resultaba proporcional y adecuado imponer una sanción en el presente caso.

En consecuencia, los aludidos instrumentos no constituyen nuevas pruebas, motivo por el cual, este Consejo coincide con lo señalado por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 118-2022-GG/OSIPTTEL, respecto a que correspondía encauzar el escrito de fecha 6 de abril de 2022 para ser tramitado como un Recurso de Apelación.

4. Precedente de Observancia Obligatoria

La doctrina⁸, reconocida como fuente de derecho, ha definido el Precedente Administrativo como aquel acto administrativo firme que dictado para un caso concreto, pero que, por su contenido, tiene la aptitud para condicionar las resoluciones futuras de la misma entidad, exigiéndoles seguir un contenido similar para casos similares.

⁵ RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 000438-2021-GG-PJ

Ver información en el link:

<https://www.pj.gov.pe/wps/wcm/connect/1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9/>

[RESOLUCION+ADMINISTRATIVA+438-2021-GG-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9](https://www.pj.gov.pe/wps/wcm/connect/1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9/resolucion+administrativa+438-2021-gg-pj.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9)

⁶ Autoridad Nacional del Agua – ANA, 6 al citar un pronunciamiento del Tribunal Nacional de Resoluciones de Controversias Hídricas, señala que *“No resulta idónea como Nueva Prueba la presentación de una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, así como tampoco la presentación de documentos originales que ya obraban copia simple en el expediente, entre otros; por tanto, el recurso de reconsideración no es una vía para efectuar un reexamen de los argumentos y pruebas presentadas por el administrado, sino que está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente”.*

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 0472-2021-ANA-AAA.H

Ver información en el link:

<https://www.ana.gov.pe/sites/default/files/normatividad/files/RD%20472-2021.pdf>

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA 6 señala que *“no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan presentar nuevos argumentos sobre los hechos materia de controversia evaluados anteriormente, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con la aplicación del derecho”.*

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1226-2018-OEFA/DFAI

Ver información en el link:

https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=31028#:-:text=El%20recurso%20de%20reconsideraci%C3%B3n%20se,no%20se%20requiere%20nueva%20prueba.

⁷ Aprobado por Resolución N° 135-2013-CD/OSIPTTEL.

⁸ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 14da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2019, pág. 175.



En esa línea, en el artículo VI del TUO de la LPAG se ha establecido que cuando los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada, tal como se detalla continuación:

“Artículo VI.- Precedentes administrativos

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma. (...)”

Bajo lo señalado, resulta importante precisar que, en diversos procedimientos administrativos sancionadores que viene tramitando el Consejo Directivo, las empresas operadoras han presentado en sus recursos de reconsideración pruebas cuya información está destinada a cuestionar los hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la Primera Instancia, y que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento, es el caso de los Expedientes:

EXPEDIENTE	EMPRESA OPERADORA
00096-2021-GG-DFI/PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
00053-2021-GG-DFI/PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
00108-2021-GG-DFI/PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
0088-2021-GG-DFI/PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
00041-2022-GG-DFI/PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
00042-2022-GG-DFI/PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
00058-2022-GG-DFI/PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
00106-2021-GG-DFI/PAS	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
00002-2022-GG-DFI/PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
0008-2022-GG-DFI/PAS	FIBERLUX S.A.C.
00103-2021-GG-DFI/PAS	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
007-2020-TRASU/ST-PAS	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
011-2021/TRASU/STSR-PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
002-2022/TRASU/STSR-PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
012-2021/TRASU/STSR-PAS	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
004-2021/TRASU/STSR-PAS	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

Ahora, si bien existen procedimientos anteriores en los que, como parte de los argumentos del recurso de reconsideración, la Primera Instancia procedió a analizar las referidas prueba aportadas por la empresa operadora, tal práctica desnaturaliza el recurso de reconsideración, por lo que es necesario aclarar cuál es la naturaleza del mismo en los procedimientos del OSIPTEL; lo cual, tal como ha sido señalado anteriormente, no vulnera el derecho de contradicción del administrado, en tanto, dichos argumentos serán evaluados como recurso de apelación.

Precisamente, a través de las Resoluciones N° 053-2022-CD/OSIPTEL, N° 112-2022-CD/OSIPTEL y N° 113-2022-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En efecto, conforme a lo indicado, el recurso de reconsideración está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente; y por tanto, no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan cuestionar argumentos sobre los hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la autoridad, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento. De lo expuesto, se concluye que la nueva prueba que es requisito para la interposición de un recurso de reconsideración, en ningún caso, incluye resoluciones, sentencias, pronunciamientos, entre otros, que solo aporten argumentos jurídicos analizados

anteriormente o argumentos de derecho que no estén referidos al caso en particular, y tal como se ha señalado, un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un recurso de apelación”.

Del criterio anterior, se colige que aquellos documentos presentados como nueva prueba que, en realidad, no tengan por objeto desvirtuar lo resuelto por la Primera Instancia respecto a los hechos y fundamentos jurídicos que condujeron a adoptar la decisión impugnada, sino que tratan, por ejemplo, de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad; no deberán ser considerados como nuevas pruebas y, en consecuencia, las alegaciones respaldadas en estas no podrán ser evaluadas con motivo del Recurso de Reconsideración.

En consecuencia, resulta necesario que la “nueva” información proporcionada por el administrado se sustente en una nueva fuente de prueba, la cual debe tener una expresión material para que pueda ser valorada por la Primera Instancia, como parte del Recurso de Reconsideración.

Ahora bien, sobre lo señalado, este Consejo considera que el análisis realizado sobre la nueva prueba que corresponde ser presentada en el recurso de reconsideración, interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la normativa vigente; por lo que corresponde al Consejo Directivo declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria, en los siguientes términos:

“Los documentos presentados como nueva prueba que, en realidad, no tengan por objeto desvirtuar lo resuelto por la Primera Instancia respecto a los hechos y fundamentos jurídicos que condujeron a adoptar la decisión impugnada, sino que se trata, por ejemplo, de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad; no deberán ser considerados como nuevas pruebas y, en consecuencia, las alegaciones respaldadas en estas no podrán ser evaluadas con motivo del Recurso de Reconsideración.

No obstante, la referida Instancia deberá encauzar el escrito para pronunciamiento de la Segunda Instancia, en tanto un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un recurso de apelación”.

Ello, permitirá generar predictibilidad en los administrados, además de cautelar el derecho su defensa en el marco del contenido jurídico de los principios de Debido Procedimiento, Impulso de Oficio, Informalismo y Eficacia.

Asimismo, a diferencia de lo señalado por la empresa operadora, no existe vulneración al Principio de Predictibilidad, en tanto los artículos 219 y 220 del TUO de la LPAG, sí establecen la naturaleza de la nueva prueba que corresponde ser presentada en el recurso de reconsideración, lo cual ha sido recogido como un criterio por este Consejo Directivo.

Finalmente, no existe vulneración al Principio de Informalismo o al Derecho de Contradicción, toda vez que corresponde a la Primera Instancia encauzar el escrito para pronunciamiento de la Segunda Instancia, y dichos argumentos serán evaluados como recurso de apelación.

5. Publicación del Precedente de Observancia Obligatoria

El Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, establece que se deben publicar obligatoriamente en el Diario Oficial El Peruano las resoluciones de los Tribunales Administrativos, cuando constituyan precedente de observancia obligatoria o sean de carácter general, debiendo declararse expresamente en la propia Resolución.

Complementariamente, el artículo VI del TUO de la LPAG establece que los precedentes administrativos de

observancia obligatoria por la entidad, serán publicados conforme a las reglas establecidas.

Por tanto, al aprobar el Consejo Directivo que el precedente de observancia obligatoria, corresponde publicar la resolución en el diario oficial "El Peruano".

4.2. Sobre el incumplimiento del literal a del artículo 7 del RGIS

4.2.1. Obligación de entrega de información

TELFÓNICA sostiene que la sanción impuesta no se corresponde con las reglas y principios para la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones administrativas en el ejercicio del ius puniendi estatal, ni los propios antecedentes emitidos por el OSIPTEL.

Agrega que, habría cumplido con presentar la información solicitada por medio de la carta N° 799-GSF/2020.

Finalmente, TELFÓNICA sostiene que la delimitación de plazos sin considerar el proceso de extracción y procesamiento de la información acorde a los formatos del regulador, no debería ser el único punto de partida para el análisis razonable de los hechos en el marco de un procedimiento sancionador.

Sobre el particular, es preciso tener en consideración que de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 del RGIS incurrirá en infracción grave, la empresa operadora que: (i) no entregue la información, (ii) la entregue incompleta y/o (iii) la entregue fuera del plazo perentorio otorgado, mediante comunicación escrita, calificada de obligatoria.

Teniendo en cuenta ello, si bien TELFÓNICA indica que a través de las cartas N° TDP-2207-GGR-20 y N° TDP-2516-AF-GGR-20 atendió el requerimiento efectuado por la DFI, lo cierto es que:

(i) Las referidas cartas se presentaron los días 1 y 31 de agosto de 2020, esto es con un mes y nueve días y dos meses después de vencido el plazo perentorio (1 de julio de 2020).

(ii) La información remitida por TELFÓNICA a través de las referidas cartas no contienen la totalidad de la información requerida mediante la carta N° 799-GSF/2020, tal como se indica en el Informe N° 282-DFI/2021

Por lo tanto, a diferencia de lo señalado por TELFÓNICA, a la fecha, no se ha cumplido con la entrega de la información requerida a través de la carta N° 799-GSF/2020.

De otro lado, con relación a lo manifestado por TELFÓNICA que la información solicitada amerita un proceso de extracción y procesamiento acorde con las exigencias del regulador, cabe indicar previamente que en atención al literal a) del artículo 13 del Reglamento General de Fiscalización⁹ y el artículo 16 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, las empresas operadoras están obligadas a proporcionar toda la información y documentación solicitada, de acuerdo a las condiciones, formalidades y plazos establecidos por el OSIPTEL.

Adicionalmente, debemos señalar que de acuerdo al criterio establecido por el Consejo Directivo del OSIPTEL a través de la Resolución N° 047-2018-CD/OSIPTEL¹⁰, la información que deben remitir las empresas operadoras del sector de telecomunicaciones al Organismo Regulador reviste de suma importancia, toda vez que ésta representa el insumo necesario que el Estado necesita para dotar de dinamismo y el constante monitoreo que el OSIPTEL debe efectuar al mercado de telecomunicaciones, además de constituirse en uno de los medios estratégicos más importantes que sirve como fuente de información para la regulación del sector.

En ese sentido, no es la primera vez que este Organismo Regulador solicita información a TELFÓNICA para verificar obligaciones contenidas en diversas normativas del sector de Telecomunicaciones, entre las que se encuentra el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, por lo que debió haber adoptado las medidas necesarias para cumplir con el requerimiento efectuado por el OSIPTEL.

Por tanto, considerando lo señalado anteriormente, se advierte que TELFÓNICA tuvo tiempo suficiente

para extraer, recopilar y procesar la información, a fin de cumplir con la información requerida por el OSIPTEL. A lo señalado, cabe acotar que las acciones de supervisión realizadas por este Organismo se rigen por los principios de Transparencia y Veracidad, entre otros, en virtud de los cuales, las empresas operadoras no sólo deben cumplir con facilitar la información necesaria, sino además ejercer una conducta diligente para el buen desarrollo de los fines de la supervisión.

En ese orden de ideas, sin entrar en el análisis de la magnitud o de la relevancia de la información, aún en el supuesto que se admitiera la posibilidad de que TELFÓNICA asumió costos económicos, humanos e informáticos a efectos de dar pleno cumplimiento de los múltiples requerimientos de información formulados por este Organismo, se aprecia que éste no resulta excluyente de responsabilidad administrativa, puesto que corresponde a acciones que la empresa operadora debe realizar para recopilar y alcanzar la información al Organismo Regulador, más aun cuando se tiene en consideración el hecho que recae sobre TELFÓNICA un deber legal de proporcionar información en los plazos establecidos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336 y el RGIS.

Teniendo en cuenta lo señalado, corresponde desestimar los argumentos de TELFÓNICA en este extremo.

4.2.2. Evaluación del eximente de responsabilidad

TELFÓNICA señala que, en el marco de la evaluación de razonabilidad, se debería considerar que los reportes observados fueron debidamente presentados, razón por la que debió aplicarse el eximente de responsabilidad por la subsanación voluntaria.

Sobre el particular, el artículo 257 del TUO de la LPAG, regula entre los supuestos eximentes de responsabilidad, el caso en el que se produce la subsanación voluntaria de la conducta infractora antes del inicio del PAS, conforme se detalla a continuación:

"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.

(...)"

Por su parte el artículo 5 del RGIS, también regula el referido supuesto eximente de responsabilidad en el siguiente sentido:

"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.

(...)"

⁹ Aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL y modificatoria.

¹⁰ Resolución de Consejo Directivo publicada en la página Web del OSIPTEL en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/mo5pf25x/res047-2018-cd.pdf>

Ahora bien, de la lectura de los citados dispositivos se advierte que el supuesto eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la conducta infractora, requiere el concurso de los siguientes elementos:

- (i) Subsanación de la conducta infractora (cese y reversión de efectos, de ser el caso).
- (ii) Subsanación se produzca antes del inicio del PAS.
- (iii) Voluntariedad de la subsanación.

A efectos de evaluar la concurrencia de los requisitos establecidos para la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, corresponde precisar que, tratándose de un PAS en el cual se evalúan varios casos constitutivos de una infracción, el cumplimiento de dichos requisitos deberá verificarse en la totalidad de los casos y no sólo en alguno de ellos.

En tal sentido, el cese de la conducta infractora, así como la reversión de los efectos derivados de la infracción, deben verificarse respecto de todos los actos u omisiones por los que se atribuye responsabilidad a la empresa operadora. Por lo tanto, en el caso que respecto a algún acto u omisión constitutivo de la infracción no se verifique el cese de la conducta infractora o la reversión de los efectos derivados de dicha infracción, no corresponderá la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria¹¹.

Sobre el particular, conforme a lo indicado en el numeral 5.2.1 del presente informe, al no haberse remitido la totalidad de la información solicitada a través de la carta N° 799-GSF/2020, TELEFÓNICA no cesó su conducta infractora antes del inicio del PAS; lo cual descarta la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

Con relación a la reversión de los efectos, debe indicarse que la no entrega de información en el plazo establecido y la entrega de información incompleta ocasionó retraso en la labor de supervisión del OSIPTEL, en vista que, el órgano competente no contó con la información necesaria para verificar el cumplimiento del artículo 59 del TUO de las Condiciones de Uso, en la oportunidad en que se previó desarrollar el procedimiento de supervisión.

Por ello, aun en el caso negado que hubiera sido posible obtener la información por otros medios, ello implica la demora o interrupción del proceso regular de la supervisión, en este caso en particular, de verificar el proceso de traslado del servicio realizadas por los abonados; las cuales, vulneran directamente el derecho de los abonados de que sus solicitudes vinculadas a su servicio público de telecomunicaciones sean atendidas oportunamente.

Siendo así, al no cumplirse con las condiciones que deben concurrir para la aplicación de lo previsto en el TUO de la LPAG, se descarta la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de las conductas imputadas.

4.2.3. Cumplimiento de las dimensiones del test de razonabilidad

TELEFÓNICA refiere que el inicio del presente procedimiento sancionador no cumpliría con las tres dimensiones del test de razonabilidad y es contrario al enfoque preventivo del enforcement regulatorio adoptado por el OSIPTEL.

Al respecto, en primer término, se debe señalar que la Primera Instancia ha procedido a evaluar los requisitos que contempla el TUO de la LPAG para la determinación y graduación de la sanción, análisis que comparte este Consejo.

Ahora bien, si bien el enfoque responsivo reconoce que existe una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas en caso de la ocurrencia de infracciones, le permite al regulador establecer la mejor estrategia dependiendo de las circunstancias concretas y de los actores del caso en particular.

Precisamente, el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, señala que las decisiones de las autoridades cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los

finés públicos que debe tutelar, a fin que respondan a los estrictamente necesarios para la satisfacción de su cometido.

Asimismo, a efectos de determinar si se afectó el Principio de Razonabilidad -asociado al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto-, corresponde analizar si la sanción administrativa fue impuesta considerando los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Así, con relación a los sub principios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad y necesidad y proporcionalidad), corresponde indicar lo siguiente:

- **Juicio de idoneidad o de adecuación**

En el presente caso, tal como ha sido indicado por la Primera Instancia, se considera que el incumplimiento del artículo 7 del RGIS, es decir el no envío de la información requerida en los plazos previstos y la remisión de la información incompleta afectó la función supervisora del OSIPTEL, tomando en cuenta que los requerimientos de información se sustentaban en la necesidad de verificar lo dispuesto en el artículo 59 del TUO de las Condiciones de Uso -que regula el procedimiento y los plazos para la atención de las solicitudes de traslado del servicio formulados por los abonados, puesto que existía problemas reportados por los propios abonados al OSIPTEL, y que fueron puestos en conocimiento por la Dirección de Atención y Protección al Usuario (DAPU) a través de los Memorandos N° 00681-GPSU/2019 y N° 00100-GPSU/2020.

A partir de lo indicado, se puede colegir que el requerimiento efectuado por la DFI se sustentó en la necesidad de contar con la información en el momento o circunstancia oportuna para llevar a cabo las acciones de supervisión necesarias orientadas a monitorear y garantizar la solución oportuna al proceso de traslado del servicio, pues de lo contrario sería irrelevante que se hayan establecido plazos para la entrega de la misma.

En consideración a ello, con la imposición de la sanción se busca que TELEFÓNICA tenga comportamientos eficaces que cauten el cumplimiento de las reglas establecidas en el marco normativo, en este caso, la entrega de información requerida por el Organismo Regulador para el cumplimiento de sus funciones, entre ellas la de velar por el cumplimiento de las obligaciones en relación a los derechos de los usuarios.

- **Juicio de necesidad**

Debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con similar eficacia con los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que no es la primera vez que TELEFÓNICA incumple su obligación de entregar información requerida por parte del organismo regulador, y que ello, además, repercute en el cumplimiento de sus funciones de supervisión, en este caso, respecto a garantizar los derechos de los usuarios que solicitan la cesión contractual de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En efecto, dicha empresa ha sido sancionada por el mismo incumplimiento en los Expedientes N° 0071-2019-GG-GFS/PAS, N° 00014-2019-GG-GFS/PAS, N° 00046-2010-GG-GSF/PAS y N° 00126-2019-GG-GSF/PAS.

En tal sentido, no se advierte que TELEFÓNICA haya adecuado su conducta a efectos de cumplir con entregar la información requerida por el OSIPTEL.

¹¹ De conformidad con la Resolución N° 032-2020-CD/OSIPTEL.

• **Juicio de proporcionalidad:**

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, se busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, por lo cual se considera que este parámetro está vinculado con el juicio de necesidad. En ese orden de ideas, si la finalidad de toda medida sancionadora administrativa es desalentar la comisión del ilícito, entonces el tipo de medida elegida cualitativa y cuantitativamente debe mantener un equilibrio con las circunstancias de la comisión de la infracción.

Al respecto, se advierte que la Primera Instancia, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Principio de Razonabilidad, sí evaluó la posibilidad de imponer alguna medida menos afflictiva que una sanción y concluyó que, dadas las particularidades del presente caso, ninguna resultaba igualmente efectiva que la multa finalmente impuesta.

En efecto, primero debe señalarse que la imposición de Medidas Correctivas corresponde ser evaluada en cada caso en particular, en función a sus particularidades, sin que ello involucre una afectación al Principio de Razonabilidad, es decir, la elección de dicha medida no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma.

Precisamente, en este caso en particular, tal como ha señalado la Primera Instancia, se ha verificado que no resulta factible aplicar una medida de ese tipo dado que:

- (i) No es la primera vez que TELEFÓNICA incurre en este tipo de conductas que vulneran la obligación dispuesta en el artículo 7 del RFIS.
- (ii) Se verificó que debido a la omisión de entrega de información no ha sido posible verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 59 del TUO de las Condiciones de Uso en dichos casos.

En ese sentido, corresponde que ante dicha conducta, el OSIPTEL utilice un mecanismo disuasivo –y no persuasivo y/o correctivo- que sirva de ejemplificador, a fin que a futuro, TELEFÓNICA sea más cautelosa en el cumplimiento de sus obligaciones contempladas en el marco normativo de usuarios y asumidas en virtud de su contrato de concesión.

Bajo las consideraciones expuestas, este Consejo considera que efectivamente se cumple con el inicio del presente PAS, toda vez que el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan que el inicio del mismo se ajusta a una medida idónea, necesaria y proporcional; por lo que, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA.

4.3. Evaluación del Principio de Retroactividad Benigna

De manera preliminar, es pertinente destacar que uno de los Principios que rige la potestad sancionadora en sede Administrativa es el Principio de Retroactividad Benigna contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Así, conforme al Principio de Retroactividad Benigna¹² resulta viable aplicar disposiciones sancionadoras posteriores que resulten más favorables al administrado. En tal sentido, la norma también señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo siempre que favorezcan al presunto infractor o al infractor, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición, en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción; (ii) los plazos de prescripción; y, (iii) la sanción en sí.

Ahora bien, acorde a lo señalado por el Consejo Directivo en la Resolución N° 065-2022-CD/OSIPTEL, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología del Cálculo de Multas sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de

Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología del Cálculo de Multas; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna, tal como se indica a continuación:

“Sobre la base de lo expuesto, del análisis de favorabilidad entre la Metodología de Multas-2021 y la Guía de Multas-2019, se advierte lo siguiente:

- b) *La Guía de Multas – 2019 aplica a las infracciones cometidas hasta el 31 de diciembre de 2021, y contempla:*
 - (i) *Fórmulas específicas para 15 conductas; y,*
 - (ii) *Fórmula general.*
- c) *La Metodología de Cálculo de Multas – 2021, aplica a las infracciones cometidas a partir del 1 de enero de 2022, y contempla:*
 - (i) *Fórmulas y parámetros específicos (22 conductas analizadas individualmente y 3 grupos que compilan 15 conductas infractoras evaluadas de manera conjunta);*
 - (ii) *Multas con montos fijos (4 conductas); y,*
 - (iii) *Fórmula General.*

Siendo ello así, la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas-2021, respecto a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto.

En ese sentido, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas – 2021 sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas- 2021; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna.

Bajo tales consideraciones, este Colegiado sostiene que la variación en la sanción se encuentra dentro de los supuestos de aplicación de retroactividad en caso favorezca al infractor; y, en tal sentido, corresponderá analizar en cada caso en particular si la Metodología de Cálculo de Multas vigente resulta más favorable respecto al cálculo de la multa a ser impuesta”.

Teniendo en cuenta ello, en el presente procedimiento, en tanto la multa impuesta a través de la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTEL fue calculada considerando los criterios contenidos en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL¹³ (Guía de Multas - 2019), corresponde evaluar si la Metodología del Cálculo de Multas podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior.

Bajo tales consideraciones, se solicitó a la DPRC que evalúe la multa impuesta bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas; en ese sentido, a través del Memorando N° 435-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación.

Conforme al análisis realizado por la DPRC, la Metodología de Cálculo de Multas se basa en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener la

¹² Al respecto, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG prevé lo siguiente:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.”

¹³ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019

empresa operadora como consecuencia de la comisión de dicha infracción¹⁴. En particular, este beneficio se aproxima mediante el valor de la multa que un agente infractor podría evitar, de acuerdo con la Metodología de Cálculo de Multas, tal como se detalla a continuación:

"(...) los incumplimientos vinculados a las obligaciones de entrega de información para el caso de los artículos relacionados al RFIS, deben tomar en cuenta las eventuales multas que un agente infractor podría evitar por la verificación de las obligaciones que se encuentren asociadas directamente a la información requerida, lo que resulta ser una aproximación del grado de afectación generado por el incumplimiento." (p. 189 de la MCM).

Para tal efecto, se ha considerado la Tabla de Graduación de Infracciones establecida en la Metodología de Cálculo de Multas, teniendo en cuenta que: (i) el incumplimiento de la obligación tiene un grado de afectación bajo¹⁵ y (ii) la Empresa obtuvo una facturación mayor a 1 700 UIT durante el ejercicio anterior al acto de supervisión.

Luego, el valor estimado del beneficio ilícito es llevado a valor presente y ponderado por un ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora. En el presente caso, según la Metodología de Cálculo de Multas, la probabilidad de detección es muy alta debido a que se trata de información que debe ser remitida al OSIPTEL por las empresas operadoras en el marco de sus obligaciones.

Teniendo en cuenta ello, para este caso en particular, en la evaluación realizada por la DPRC se concluye que la cuantía calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas es menor a que la obtenida bajo la Guía de Multas – 2019, conforme se detalla a continuación:

Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019)	Monto de la Multa calculado con la metodología de Multas (2021)
51	37,8

FUENTE: Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia

Considerando el referido análisis, advertimos que el nuevo valor establecido en la Metodología del Cálculo de Multas por el incumplimiento del artículo 7 del RGIS implica una reducción respecto al monto de la multa impuesta a través de la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTEL, inclusive, respecto al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracciones cometida.

En tal sentido, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponde imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología del Cálculo de Multas; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna

Por lo tanto, toda vez que en el cálculo efectuado bajo la Metodología del Cálculo de Multas, el monto de la multa es menor a la impuesta por la Primera Instancia; corresponde su aplicación.

V. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, al ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por el incumplimiento de los artículos 7 del RGIS, corresponderá la publicación de la Resolución en el diario oficial "El Peruano".

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 8 de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 890 de fecha 29 de setiembre de 2022.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia:

(i) CONFIRMAR la responsabilidad de TELEFÓNICA por el incumplimiento del literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹⁶.

(ii) MODIFICAR el monto de la multa de 51 UIT a 37,8 UIT, al haberse incumplido el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

Artículo 2.- Desestimar la solicitud de nulidad formulada por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Artículo 3.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 118-2022-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia CONFIRMAR el encauzamiento del escrito N° TDP-1570-AR-ADR-22.

Artículo 4.- Aprobar como precedente de observancia obligatoria, en aplicación de las consideraciones expuestas en la presente resolución, lo siguiente:

"Los documentos presentados como nueva prueba que, en realidad, no tengan por objeto desvirtuar lo resuelto por la Primera Instancia respecto a los hechos y fundamentos jurídicos que condujeron a adoptar la decisión impugnada, sino que se trata, por ejemplo, de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad; no deberán ser considerados como nuevas pruebas y, en consecuencia, las alegaciones respaldadas en estas no podrán ser evaluadas con motivo del Recurso de Reconsideración. No obstante, la referida Instancia deberá encauzar el escrito para pronunciamiento de la Segunda Instancia, en tanto un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un recurso de apelación".

Artículo 5.- Disponer que el precedente de observancia obligatoria antes indicado, será de obligatorio cumplimiento desde el día siguiente de su publicación.

Artículo 6.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 7.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para:

(i) La notificación de la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.;

(ii) La publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano";

(iii) La publicación de la presente Resolución, los informes N° 222-OAJ/2022 y N° 228-OAJ/2022, así como la Resolución N° 074-2022-GG/OSIPTEL, en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

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

Regístrese y comuníquese,

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente Ejecutivo

¹⁴ De acuerdo al IFI: "(...) el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción se encuentra asociado al costo evitado por la empresa operadora para dar cumplimiento a su obligación de remitir la información solicitada mediante Carta N° 00799-GSF/2020 dentro del plazo establecido para ello, así como evitar ser supervisada respecto del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 59° del TUO de las Condiciones de Uso." (p. 20 del IFI).

¹⁵ El incumplimiento de entrega de información no habría permitido verificar la comisión de una infracción cuyo grado de afectación es bajo (artículo 59° del TUO de las Condiciones de Uso), tal como señala el numeral 33 Informe Final de Instrucción N° 00282-DFI/2021.

¹⁶ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias