

ORGANISMOS REGULADORES**ORGANISMO SUPERVISOR DE
LA INVERSIÓN PRIVADA EN
TELECOMUNICACIONES**

Declaran infundado Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A. contra la Resolución N° 223-2021-GG/OSIPTEL, que declaró infundado recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 081-2021-GG/OSIPTEL, y, en consecuencia, confirman sanciones de multa

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 174-2021-CD/OSIPTEL**

Lima, 21 de setiembre de 2021

EXPEDIENTE N° :	00040-2020-GG-GSF/PAS
MATERIA :	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00223-2021-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO :	TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), contra la Resolución N° 223-2021-GG/OSIPTEL a través de la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración contra la Resolución N° 0081-2021-GG/OSIPTEL;

(ii) El Informe N° 00256-OAJ/2021 del 10 de setiembre de 2021, de la Oficina de Asesoría Jurídica, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA, y;

(iii) El Expediente N° 00040-2020-GG-GSF/PAS.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante carta C.00805-GSF/2020, notificada el 22 de junio de 2020, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de las siguientes infracciones:

Conducta	Obligación	Tipificación	Infracción
Objetar indebidamente 111 463 consultas previas, en el período del 01 de abril al 30 de junio de 2019	Artículo 20 del TUO del Reglamento de Portabilidad	Numeral 27 del Anexo 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad	Grave
Objetar indebidamente 38 643 solicitudes de portabilidad, en el período del 01 de abril al 30 de junio de 2019	Artículo 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad	Numeral 35 del Anexo 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad	Muy Grave

2. A través del escrito TDP-1785-AR-ADR-20 recibido el 01 de julio de 2020, TELEFÓNICA solicitó se le otorgue una ampliación de plazo de treinta (30) días hábiles para la presentación de sus descargos, la misma que fue otorgada mediante carta C.00912-GSF/2020, notificada el 7 de julio de 2020; otorgándosele un plazo adicional de veinte (20) días para presentar sus descargos.

3. TELEFÓNICA, con la carta TDP-1914-AR-ADR-20 recibida el 25 de agosto del 2020, presentó sus descargos

por escrito y solicitó audiencia de informe oral, la cual fue denegada mediante carta C.00579-DFI/2020, notificada el 28 de diciembre de 2020.

4. La DFI a través del Informe N° 0038-DFI/2020 (Informe Final de Instrucción), de fecha 28 de diciembre de 2020, remitió a la Gerencia General el Informe Final de Instrucción conteniendo el análisis de los descargos presentados por TELEFÓNICA.

5. Con carta C.00098-GG/2021, notificada el 3 de febrero de 2021, se remitió el Informe Final de Instrucción a la empresa operadora a fin que presente sus descargos.

6. Mediante carta TDP-0375-AR-ADR-20, recibida el 12 de febrero de 2021, TELEFÓNICA presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.

7. Mediante Resolución N° 081-2021-GG/OSIPTEL, notificada el 22 de marzo de 2021, se sancionó a TELEFÓNICA de acuerdo al siguiente detalle:

Conducta	Tipificación	Sanción
Objetar indebidamente 111 463 consultas previas, en el período del 01 de abril al 30 de junio de 2019	Numeral 27 del Anexo 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad	120 UIT
Objetar indebidamente 38 643 solicitudes de portabilidad, en el período del 01 de abril al 30 de junio de 2019	Numeral 35 del Anexo 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad	280 UIT

8. A través de carta TDP-1296-AR-ADR-21 recibida el 14 de abril de 2021, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración.

9. Mediante Resolución N° 223-2021-GG/OSIPTEL, del 01 de julio de 2021, la Gerencia General declaró infundado el recurso de reconsideración.

10. Por medio de escrito TDP-2271-AR-ADR-21, recibido el 13 de julio de 2021, presentó Recurso de Apelación contra la Resolución N° 223-2021-GG/OSIPTEL.

11. Mediante Escrito TDP-2284-AR-ADR-21, del 14 de julio de 2021, TELEFÓNICA solicita la acumulación de los procedimientos administrativos tramitados en los expedientes N° 00040-2020-GG-GSF/PAS y N° 00111-2019-GG-GSF/PAS.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones¹ (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) aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 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. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos de TELEFÓNICA son los siguientes:

3.1 Corresponde declarar la caducidad del procedimiento, toda vez que transcurrió el plazo de nueve (9) meses, establecido en el artículo 259 del TUO de la LPAG, sin que la Primera Instancia haya emitido un pronunciamiento.

3.2 No se ha valorado adecuadamente el atenuante por reconocimiento de responsabilidad al reducirse las sanciones de multa en un 20% cuando corresponde se reduzca en un 50%.

3.3 Se vulneró el Principio de Razonabilidad al no haber evaluado la posibilidad de imponer medidas menos gravosas.

3.4 Se vulneraron los Principios de Razonabilidad y del Debido Procedimiento, por graduar las sanciones sin motivar y considerar todos los criterios establecidos en el TUO de la LPAG.

IV. CUESTIÓN PREVIA

Sobre la solicitud de acumulación de los Expedientes N° 00111-2019-GG-GSF/PAS y N° 00040-2020-GG-GSF/PAS.

TELFÓNICA solicita la acumulación de los Expedientes N° 00111-2019-GG-GSF/PAS y N° 00040-2020-GG-GSF/PAS señalando que, en ambos se evalúa su conducta por haber objetado injustificadamente consultas previas y solicitudes de portabilidad entre enero y julio de 2019, desembocando en el inicio de más de un procedimiento administrativo sancionador, a pesar que usualmente los periodos de supervisión empleados por la DFI habían sido semestrales o inclusive anuales, pero no trimestrales.

En tal sentido, indica que, la duplicación innecesaria de expedientes, como ocurriría en el presente caso, constituiría una vulneración al Principio de Razonabilidad y exceso de punición.

Sobre el particular, cabe indicar que el Consejo Directivo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la solicitud de acumulación de los Expedientes N° 00111-2019-GG-GSF/PAS y N° 00040-2020-GG-GSF/PAS, a través de la Resolución N° 148-2021-CD/OSIPTTEL.

En dicha Resolución, se advirtió que acorde a lo establecido en el artículo 160 del TUO de la LPAG, aunque la acumulación puede promoverse a pedido de parte, siempre será la autoridad quien determine su pertinencia siguiendo los criterios de oportunidad y celeridad que debe cumplir. Por ello, es que también se establece que la decisión en esta materia es irrecurrible de modo tal que se evite la proliferación de procedimientos.

Por lo tanto, en la medida que ya existía un pronunciamiento en relación a la solicitud de acumulación del ambos Expedientes, toda vez que la Gerencia General, mediante Resolución N° 258-2020-GG/OSIPTTEL, denegó el requerimiento formulado por TELFÓNICA, debidamente motivada, este Colegiado indicó en la Resolución N° 148-2021-CD/OSIPTTEL que no resulta necesario emitir opinión respecto de los demás argumentos vinculados a la solicitud de acumulación en tanto una lógica contraria supondría una vulneración al Principio de Legalidad dado que se desplegaría una conducta no estipulada en el TUO de la LPAG.

V. ANÁLISIS

5.1. Sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, cabe considerar que el procedimiento administrativo sancionador es un conjunto de actos destinados a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, esto es, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción.

Ahora bien, el legislador comprendiendo que la situación jurídica de imputado no debe ser sostenida indefinidamente en el tiempo, es que introduce la figura de la caducidad al procedimiento administrativo sancionador, a través de las modificaciones introducidas a la LPAG por el Decreto Legislativo N° 1272 en el año 2016.

Así, acorde a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1272, la caducidad se orienta a preservar condiciones básicas de seguridad jurídica, a fin de evitar que los imputados se encuentren indefinidamente en dicha situación, sin una solución definitiva, siendo además su finalidad el reconocer el “derecho al plazo razonable” como un derecho público subjetivo de los ciudadanos, que limita el poder estatal.

En atención a ello, el artículo 259 del TUO de la LPAG dispone que transcurrido el plazo de nueve (9) meses para resolver –contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos– sin que se haya notificado la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el PAS y se procederá a su archivo.

“Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo.

Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.

3. La caducidad administrativa es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad administrativa del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.
(...)”

Ahora bien conforme se advierte, es a partir de la notificación de cargos que se computa el plazo de prescripción; ello en la medida que es a través de dicha actuación que se da inicio al procedimiento administrativo sancionador.

En efecto, tal como se indica en la Guía Práctica del Procedimiento Sancionador en el Perú², elaborada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – MINJUS, una característica esencial del procedimiento administrativo sancionador está referida a la notificación de cargos, la cual garantiza que los administrados puedan conocer oportunamente los hechos que se le imputan, las infracciones incurridas y la sanciones que se les impondrán, con la finalidad de ejercer su derecho a la defensa de manera adecuada.

En este punto, cabe indicar que los artículos 254 y 255 del TUO de la LPAG recogen los alcances del acto de notificación de imputación de cargos, precisando la oportunidad en la que debe formularse y los requisitos mínimos que debe contener:

Artículo 255.- Procedimiento sancionador

(...)

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador (...) 3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

Conforme se advierte, se exige que la notificación de la imputación de cargos contenga la información de los hechos que se le imputan a título de cargo al administrado, pues caso contrario este no podrá ejercer debidamente su derecho defensa.

Ahora bien en el presente caso se evidencia que a través de la carta C.00805-GSF/2020 emitida el 17 de junio de 2020, la DFI puso en conocimiento de TELFÓNICA el inicio del presente PAS, sobre la base de los hechos detallados en el Informe de Supervisión y sus Anexos. No obstante, pese a haberse adjuntado el Informe, no se adjuntaron los anexos correspondientes.

Es preciso tener en cuenta que los Anexos del Informe de Supervisión contienen el detalle de las fechas, líneas involucradas y motivos por el que se formularon las objeciones indebidas a las consultas previas y solicitudes de portabilidad. Siendo así, constituyen información fundamental para que TELFÓNICA haya podido ejercer su derecho de defensa.

En virtud a ello, es que al advertir la DFI que en dicha actuación no se adjuntó la información a que hace referencia el artículo 254 del TUO de la LPAG, para tener por válida la notificación de imputación de cargos, es que con fecha 22 de junio de 2020, procedió a notificar válidamente la carta C.00805-GSF/2020, incluyendo no solo el Informe de Supervisión, sino también sus Anexos.

Más aun, cabe considerar que ante la consulta formulada por la propia TELFÓNICA sobre la comunicación previa recibida el 17 de junio de 2020, se le precisó que debía tener en cuenta la notificación

efectuado el 22 de junio de 2020, en la medida que esta última contenía los anexos del informe de supervisión que habían originado el inicio del PAS.

Así, debe considerarse además que el transcurso del plazo para la remisión de sus descargos, esto es, para el ejercicio de su derecho de defensa, recién computó considerando como fecha de notificación el 22 de junio de 2020.

En virtud a lo expuesto, toda vez que la notificación válidamente realizada se efectuó el 22 de junio de 2020, el plazo de caducidad del PAS, venció el 22 de marzo de 2020. No obstante, tal como se evidencia de los antecedentes, en dicha fecha fue notificada la Resolución N° 081-2021-GG/OSIPTEL, a través de la cual la primera instancia determinó la responsabilidad administrativa de TELEFÓNICA y le sancionó por la comisión de las infracciones vinculadas al incumplimiento de los artículos 20 y 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad.

Por otra parte, con relación a lo resuelto por la Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera del Tribunal de Fiscalización Ambiental de la OEFA, a través de Resolución N° 503-2019-OEFA/TFASMEPIM, tal como indicó la Primera Instancia en la Resolución impugnada, en tal pronunciamiento se declaró la caducidad del procedimiento ante un supuesto al no considerar la variación de imputaciones como inicio del PAS, lo cual no es análisis en el presente PAS.

En virtud a lo expuesto, de desvirtúa lo argumentado por TELEFÓNICA.

5.2. Sobre la correcta aplicación del atenuante de responsabilidad por reconocimiento de la conducta infractora.

El artículo 257 del TUO de la LPAG³, establece que es una condición atenuante de responsabilidad que, si iniciado un procedimiento administrativo sancionador, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. Se dispone además que, en caso la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

Cabe resaltar que la norma no establece la obligación de reducir la sanción de multa a un determinado monto, sino hasta un monto no menor de la mitad, lo cual otorga un margen de discrecionalidad al momento de aplicar dicha reducción, que debe ser evaluada en cada caso en concreto.

En concordancia con ello, el artículo 18 del RFIS⁴, al reconocer ese factor atenuante de responsabilidad, así como otros adicionales, establece que estos sean aplicados en atención a su oportunidad y acorde a las particularidades de cada caso.

Precisamente, es en virtud a ello que la primera instancia, al momento de establecer el porcentaje de reducción ha considerado la oportunidad del reconocimiento.

A ello se puede agregar que la gravedad de las infracciones vinculadas a los artículos 20 y 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad también corresponde ser considerada en virtud al impacto de estas conductas tienen a nivel de usuarios y en la competencia.

Por lo tanto, al tratarse de una infracción grave (incumplimiento del artículo 20 del TUO del Reglamento de Portabilidad) y muy grave (incumplimiento del artículo 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad) no puede el simple reconocimiento evitar que la medida a ser impuesta tenga el efecto esperado para disuadir la conducta.

Respecto a la posibilidad de aplicar el porcentaje de reducción considerado por el OEFA en la Resolución N° 061-2019-OEFA-DFAI, se coincide con la Primera Instancia en el sentido que, el mismo no vincula el pronunciamiento que pueda emitir este organismo regulador. En este sentido, si en el marco de la discrecionalidad otorgada para graduar el porcentaje de reducción de la multa por el reconocimiento de responsabilidad, otras entidades no toman en cuenta la oportunidad o la gravedad o el impacto de las conductas infractoras, no implica que el OSIPTEL se vea limitado al hacerlo.

5.3. Sobre la vulneración del Principio de Razonabilidad y la aplicación de medidas menos gravosas.

El numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que las decisiones de

la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Asimismo, el Tribunal Constitucional⁵ ha establecido que el Principio de Proporcionalidad está estructurado por tres sub principios: (i) Idoneidad o de adecuación; (ii) Necesidad, y; (iii) Proporcionalidad en sentido estricto, respecto a los cuales TELEFÓNICA considera que no se cumplen.

En virtud a ello, corresponde evaluar si la primera instancia aplicó debidamente los sub principios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), a efectos de determinar la sanción administrativa.

De la revisión de la Resolución N° 0081-2021-GG/OSIPTEL y el Informe que sustentó la misma, se advierte que la Primera Instancia sí cumplió con evaluar debidamente los sub principios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), a efectos de determinar las sanciones administrativas, tal como se resume a continuación:

i) Con relación al Juicio de idoneidad o adecuación. Se advierte que la primera instancia sustentó la idoneidad en la relevancia del bien jurídico protegido, toda vez que respecto a los incumplimientos a los artículos 20 y 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad, la conducta de TELEFÓNICA, constituida en objetar indebidamente las consultas previas y solicitudes de portabilidad, genera demora, retraso o interrupción del proceso regular de la portabilidad, el cual vulnera directamente el derecho a la portabilidad numérica y la competencia; por lo que corresponde adoptar medidas para disuadir dicha conducta infractora.

En tal sentido, las sanciones impuestas se encuentran plenamente justificadas debido a que están destinadas a reprimir la conducta infractora de TELEFÓNICA para que, en lo sucesivo, adopte las medidas necesarias para cumplir en otorgar la respuesta oportuna y veraz a las consultas previas y solicitudes de portabilidad, así como en atender los requerimientos formulados por este Organismo.

Más aún se tuvo en cuenta que no es la primera vez que la referida empresa incurre en las conductas imputadas en el presente PAS, toda vez que a través de las Resoluciones N° 00220-2018-GG/OSIPTEL, N° 301-2019-GG/OSIPTEL, entre otros, se sancionó a TELEFÓNICA por la comisión de las infracciones vinculadas a los incumplimientos de los artículos 20 y 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad.

Así, no se desconoce el enfoque responsivo que debe orientar las labores del OSIPTEL, en la medida que si bien es importante contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas en caso de la ocurrencia de infracciones, dichas herramientas deben funcionar de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias concretas, atendiendo a que la regulación responsiva se caracteriza por la flexibilidad en el uso de las herramientas con las que se cuenta, dependiendo de las circunstancias y de los actores del caso en particular.

Por lo tanto, dadas las circunstancias de este caso, la imposición de las sanciones administrativas resulta idónea para lograr el efecto de desincentivar futuras conductas infractoras.

ii) Con relación al juicio de necesidad: Se advierte que la primera instancia descartó la posibilidad de evaluar otras medidas menos gravosas,

Al respecto, se descartó la posibilidad de imponer una Comunicación Preventiva en tanto los hallazgos se advirtieron en el marco de una supervisión y no un monitoreo. A ello se suma el hecho que, en el presente caso, se detectó la comisión de las infracciones y no conductas que podían derivar en ello.

Por otra parte, cabe indicar que no correspondía aplicar una Medida de Advertencia, en tanto que, no se encontraba en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 30 del Reglamento General de Supervisión.

Finalmente, en relación a la posibilidad de imponer una medida correctiva, se coincide con lo señalado por

la primera instancia, en el sentido que su imposición es una facultad del OSIPTEL, la cual se utiliza según la trascendencia del bien jurídico protegido y afectado en el caso concreto y con límites; 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. Así, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos que se pretende proteger, las sanciones administrativas son el único medio viable para persuadir a TELEFÓNICA a que en lo sucesivo, adecue su conducta, así como el hecho que no es la primera oportunidad en que dichas infracciones son cometidas.

iii) Con relación al análisis de proporcionalidad de las sanciones impuesta, corresponde evaluar si las sanciones de multa se encuentran dentro de los límites mínimos y máximos establecidos en el artículo 25 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades (LDFF), lo cual será considerado en el numeral 5.4 de la presente resolución.

Respecto a lo argumentado por TELEFÓNICA acerca del porcentaje de reducción por el atenuante de reconocimiento de responsabilidad, corresponde considerar lo indicado en el numeral 5.2 de la presente resolución.

Con relación a que los procesos de portabilidad son procesos masivos, los cuales tienden a tener un pequeño porcentaje en error, cabe indicar que para la comisión de las infracciones tipificadas en los numerales 27 y 35 del Anexo 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad, por el incumplimiento de los artículos 20 y 22 de la misma norma, respectivamente, no exigen una cantidad mínima de incumplimientos. No obstante, debe considerarse que en el presente PAS existe una gran cantidad de usuarios que se han visto afectados en la medida que las objeciones indebidas a las consultas previas y las solicitudes de portabilidad, generan que estos no vean satisfecho su derecho a la portabilidad y a la vez esto repercute en la competencia en el mercado del servicio de telefonía móvil.

Asimismo, debe considerarse que el cese de la conducta infractora ya ha sido tomado en cuenta por la Primera Instancia a fin de aplicar el atenuante de responsabilidad y reducir las sanciones de multa.

5.4. Sobre la graduación de la sanción.

El numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. No obstante, señala que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios de graduación:

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

En virtud de ello, corresponde evaluar si las sanciones administrativas, por el incumplimiento de los artículos 20 y 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad, fueron impuestas considerando los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG.

Ahora bien, de la revisión de la Resolución N° 081-2021-GG/OSIPTEL, y del Informe N° 00051-UPS/2021 que la sustenta, se advierte que la Primera Instancia sí efectuó una evaluación de los criterios establecidos en el TUO de la LPAG. Así:

Respecto a la **probabilidad de detección**: en este caso, corresponde indicar que los incumplimientos han sido detectados a través de la información solicitada a TELEFÓNICA, el contraste de la misma con la obtenida del ABDPC y, las acciones de supervisión desplegadas por la DFI.

Siendo así, contrario a lo que señala la empresa operadora, y conforme a lo sostenido por el Consejo Directivo en PAS anteriores⁶, si la probabilidad de detección fuera Muy Alta, no habría la necesidad de contrastar o comparar la información obtenida a través del ABDPC con la información de sus sistemas internos, a fin de determinar si TELEFÓNICA incurrió en las conductas infractoras imputadas, situación que permite confirmar que se requiere de mayores esfuerzos para poder detectar una conducta que vulnera el marco legal vigente.

Con relación al **beneficio ilícito**, en el caso de los incumplimientos a los artículos 20 y 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad, este se encuentra representado por los **costos evitados**, esto es, el costo que debió incurrir TELEFÓNICA para asegurar que se brinde información certera al ABDPC; garantizándose con ello el cumplimiento de lo establecido en el TUO del Reglamento de Portabilidad.

Asimismo, no es la primera ocasión en la que se consideran los ingresos ilícitos, teniendo en cuenta el rédito que TELEFÓNICA habría obtenido de las líneas que retuvo en su red como resultado de una objeción indebida de las consultas previas y/o solicitudes de portabilidad.

En este punto, corresponde considerar que la estimación de los parámetros que sustentan la determinación del beneficio ilícito (esto es, *Mantgest* y *Benlin*, vinculados al costo evitado y al ingreso ilícito, respectivamente) se encuentran previstos en la "Guía de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores del OSIPTEL"⁷ (en adelante, la Guía de Multas); instrumento que es de pleno conocimiento de la empresa operadora⁸.

Asimismo, se debe considerar que, de acuerdo al Informe N° 152-GPRC/2019 que sustenta la "Guía de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores del OSIPTEL", el enfoque de graduación de las multas para los casos de infracciones de los artículos 20 y 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad es de beneficio ilícito donde, de acuerdo al sistema de escalamiento de multa, la penalización se establece en función a la cantidad de líneas cuyas consultas previas y/o solicitudes fueron objetadas indebidamente, el mismo que ha sido considerado en el presente PAS.

Más aun, las infracciones por los incumplimientos de los artículos 20 y 22 del TUO del Reglamento de Portabilidad, durante el periodo del 01 de abril al 30 de junio de 2019, conllevaría a la imposición de sanciones de multa superiores al valor máximo permitido en el artículo 25 de la LDFF, en cada caso.

En tal sentido, no debe perderse de vista que el artículo 248 del TUO de la LPAG, establece claramente que la realización de la conducta infractora no debe ser más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Por lo tanto, si bien se descartó reincidencia, intencionalidad de la conducta infractora, y agravantes, en la medida que la sanción debe disuadir la conducta infractora, no es posible descartar la aplicación de los otros factores de graduación que han conllevado a la imposición de sanciones de multa proporcionales a los casos en concreto, aplicándose además el atenuante de responsabilidad por reconocimiento de la conducta infractora.

En tal sentido, se considera que no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad ni de Proporcionalidad, por lo que corresponde confirmar las sanciones de multa impuestas.

V. SOBRE LA SOLICITUD DE AUDIENCIA

Respecto a la solicitud de informe oral ante el Consejo Directivo, formulada por TELEFÓNICA, corresponde señalar que, en virtud del Principio del Debido Procedimiento, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, como –entre otros– el derecho a solicitar

el uso de la palabra (o informe oral). Sin embargo, es importante resaltar que dicha norma no establece que debe otorgarse el uso de la palabra cada vez que se solicita; razón por la cual, es factible que cada órgano de la Administración decida si se otorga o no, aunque de forma motivada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que un PAS, es eminentemente escrito. Por tal motivo, TELEFÓNICA en el transcurso de dicho procedimiento, ha tenido expedita la oportunidad de presentar escritos, alegatos y recursos por dicho medio; al tratarse de un derecho expresamente reconocido en el TUO de la LPAG.

Sin perjuicio de lo anterior, como se ha indicado previamente, la decisión de denegar el informe oral solicitado, debe ser analizada caso por caso; en función de las particularidades del expediente, los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación, la necesidad del informe oral para resolver, entre otros criterios.

En el presente caso, se advierte que los argumentos planteados por TELEFÓNICA en su impugnación, así como el resto de actuados del expediente, constituyen elementos de juicio suficientes para resolver el recurso de apelación; es decir, dicha documentación genera la convicción necesaria para pronunciarse sobre el mismo.

Por lo expuesto, no se otorga el informe oral solicitado por TELEFÓNICA.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 00256-OAJ/2021, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica, 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.

En aplicación de las funciones previstas en el literal d) 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° 826/2021.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A., contra la Resolución N° 223-2021-GG/OSIPTEL, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 081-2021-GG/OSIPTEL, y, en consecuencia, confirmar las sanciones de multa impuestas en la Resolución N° 081-2021-GG/OSIPTEL; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- La presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para: i) notificar la presente Resolución a la empresa apelante, el Informe N° 00256-OAJ/2021; ii) Publicar la presente resolución en el diario oficial El Peruano; iii) Publicar la presente resolución en la página web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe, las Resoluciones N° 00223-2021-GG/OSIPTEL y N° 081-2021-GG/OSIPTEL y el Informe N° 00256-OAJ/2021, y; iv) Poner en conocimiento de la presente resolución a la Oficina de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

b) Otros que se establezcan por norma especial."

4 "Artículo 18°.- Graduación de las Sanciones y Beneficios por Pronto Pago.

i) Son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

Los factores mencionados se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(...)"

5 Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los Expedientes N° 00535-2009-PA/TC, N° 00034-2004-AI/TC y N° 045-2004-PI/TC.

6 Mayor detalle en la Resolución N° 063-2021-CD/OSIPTEL y 148-2021-CD/OSIPTEL.

7 Aprobada por el Consejo Directivo del OSIPTEL mediante Acuerdo 726/3544/19 y sustentada mediante Informe N° 152-GPRC/2019.

8 Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/media/5qta5j0n/inf152-gprc-2019.pdf>

1995046-1

Amplían plazo para que los interesados puedan presentar comentarios al Proyecto de "Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas"

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00175-2021-CD/OSIPTEL

Lima, 21 de setiembre de 2021

MATERIA:	Proyecto de "Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas" / AMPLIACIÓN DE PLAZO PARA COMENTARIOS
-----------------	--

VISTO el Informe N° 010-STSC/2021 de la Secretaría Técnica de Solución de Controversias, que recomienda ampliar el plazo para que los interesados presenten comentarios al Proyecto de "Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas" cuya publicación fue aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 0156-2021-CD/OSIPTEL; con la conformidad de la Oficina de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, en ejercicio de la Función Normativa del OSIPTEL, mediante Resolución N° 0156-2021-CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano del 26 de agosto de 2021, se aprobó la publicación para comentarios del Proyecto de "Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas"; disponiendo un plazo de veinte (20) días calendario, contados a partir del día siguiente de dicha publicación, para que los interesados presenten comentarios sobre el referido Proyecto Normativo;

Que, en atención a la prórroga solicitada por las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C. mediante cartas TDP-3023-AR-GER-21 y DMR/CE/N° 2253/21, recibidas el 10 y 15 de setiembre de 2021, respectivamente, y de acuerdo al sustento desarrollado en el Informe de VISTO, se considera razonable ampliar en quince (15) días calendario adicionales –esto es, hasta el 30 de setiembre de 2021- el plazo para que se presenten comentarios al referido Proyecto Normativo, a fin de poder recibir la mayor cantidad de opiniones, comentarios y sugerencias de los interesados, que permitan enriquecer y mejorar el contenido de la Norma Final, teniendo en cuenta además la necesidad de asegurar la pronta consecución de los objetivos planteados en este proceso normativo;

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 8 del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo

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

² Guía Práctica del Procedimiento Sancionador en el Perú, elaborada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – MINJUS. Página 38. Ver enlace: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/LEGIS-PE-Minjus-Gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf>

³ "Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones (...)

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: