

ORGANISMOS REGULADORES

**ORGANISMO SUPERVISOR DE
LA INVERSION PRIVADA EN
TELECOMUNICACIONES**

**Declaran fundado en parte el Recurso de
Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL
PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 00194-
2020-GG/OSIPTTEL, y modifican multa**

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 166 -2020-CD/OSIPTTEL**

Lima, 5 de noviembre de 2020

EXPEDIENTE N° :	00067-2018-GG-GSF/PAS
MATERIA :	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00194-2020-GG/OSIPTTEL
ADMINISTRADO :	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 00194-2020-GG/OSIPTTEL, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 00098-2019-GG/OSIPTTEL, a través de la cual se le impuso una multa de trescientos veintidós coma tres (322,3) UIT, por la comisión de las infracciones tipificadas como muy graves en los artículos 2 de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL, toda vez que objetó indebidamente: a) catorce mil ciento doce (14 112) consultas previas y mil ciento cuarenta y siete (1 147) solicitudes de portabilidad, por Titularidad; b) veintidós mil doscientos cincuenta (22 250) consultas previas y mil trescientos trece (1 313) solicitudes de portabilidad, por Deuda, y; c) cincuenta y un mil ochocientos cincuenta y tres (51 853) consultas previas y dos mil cuatrocientas veintiséis (2 426) solicitudes de portabilidad, por Servicio Suspendido.

(ii) El Informe N° 00007-OAJ/2020 del 23 de octubre de 2020, 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) Los Expedientes N° 0006-2017-GG-GSF/CAUTELAR, 00019-2017-GG-GSF/CAUTELAR y N° 00067-2018-GG-GSF/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Carta C.1198-GSF/2018, de fecha 2 de agosto de 2018, notificada el 3 de agosto de 2018, la DFI comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), toda vez que habría incurrido en las infracciones tipificadas como muy graves en las Resoluciones N° 00136-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL, toda vez que no habría cumplido con lo dispuesto en el artículo 1 de ambas resoluciones, al no haber configurado sus sistemas a fin de que no se objeten las consultas previas o solicitudes de portabilidad cuando:

i) Los datos (tipo y número de documento) brindados por el abonado que realiza la operación de la portabilidad sean coincidentes con los que obran en sus sistemas.

ii) El titular de la línea no presente deuda exigible respecto del último recibo emitido.

iii) El servicio se encuentre suspendido por mandato judicial, por deuda, por declaración de insolvencia, por uso indebido del servicio o por uso prohibido.

En atención a ello, se le informó que es pasible de sancionarla con dos multas equivalentes a entre ciento cincuenta y un (151) y trescientos cincuenta (350) UIT.

2. A través de la carta C.01217-GSF/2018, notificada el 7 de agosto de 2018, se rectificó el error material cometido en la carta de imputación de cargos, precisando que la tipificación de las infracciones cometidas y el incumplimiento de las obligaciones asociadas al mismo, estaba vinculado a las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL.

3. A través de la comunicación TDP-2817-AG-ADR-18, del 25 de setiembre de 2018, TELEFÓNICA presentó sus descargos.

4. El 24 de octubre de 2018, se llevó a cabo una audiencia de informe oral.

5. A través de los escritos TDP-3201AG-ADR-18y TDP-3272-AG-ADR-18, de fechas 19 y 25 de octubre de 2018, respectivamente, TELEFÓNICA presentó la relación de líneas móviles que debían ser archivadas en el marco del PAS.

6. Mediante escrito TDP.3380-AG-ADR-18 del 22 de noviembre de 2018, TELEFÓNICA presentó ampliación de sus descargos.

7. Con fecha 17 de febrero de 2019, la DFI emitió el Informe N° 00014-GSF/2019 (Informe Final de Instrucción), que contiene el análisis de los descargos presentados por TELEFÓNICA, en el cual se concluye que dicha empresa habría incurrido en las infracciones tipificadas como muy graves en las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL. Asimismo, recomienda dos sanciones de multa en cada caso.

8. A través de la carta C.00263-GG/2019, notificada el 26 de marzo de 2019, se trasladó a TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción.

9. Con escrito TDP-1143-AG-ADR-19, del 9 de abril de 2019, TELEFÓNICA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.

10. Con escrito TDP-1230-AG-ADR-19, del 15 de abril de 2019, TELEFÓNICA remitió descargos complementarios.

11. A través de la Resolución N° 00098-2019-GG/OSIPTTEL, del 3 de mayo de 2019, notificada en la misma fecha, la Gerencia General resolvió imponer la siguiente sanción:

Conducta	Tipificación	Sanción
Haber objetado indebidamente: 14 112 consultas previas y 1 147 solicitudes de portabilidad por titularidad.	Artículos 2 de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL	Multa de 322,3 UIT
• 22 250 consultas previas y 1 313 solicitudes de portabilidad por deuda.		
• 51 853 consultas previas y 2 426 solicitudes de portabilidad por servicio suspendido.		

Asimismo, se dio por concluido el PAS, en el extremo de la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 de la Resolución N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL, respecto de 4 551 consultas previas y 266 solicitudes de portabilidad.

12. El 24 de mayo de 2019, a través del escrito TDP-1674-AG-ADR-20, TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00098-2019-GG/OSIPTTEL.

13. A través de la Resolución N° 00194-2020-GG/OSIPTTEL, de fecha 24 de agosto de 2020, se declaró infundado el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución N° 00098-2019-GG/OSIPTTEL.

14. El 14 de setiembre de 2020, TELEFÓNICA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 00194-2020-GG/OSIPTTEL, solicitando informe oral.

15. A través del Memorando N° 00716-GAL/2020 del 20 de octubre de 2020, se solicitó a la DFI información

sobre trece mil ochocientos cincuenta y dos (13 852) casos, en los que no se advertía la hora de pago, a fin de determinar las objeciones indebidas por deuda exigible.

16. Mediante Memorando N° 00040-DFI/2020, del 22 de octubre de 2020, la DFI dio respuesta al Memorando N° 00716-GAL/2020

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización Infracciones y Sanciones (en adelante, RFIS), y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹ (en adelante, TUO de la LPAG), 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. Cumplió con lo dispuesto en las medidas cautelares impuestas a través de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL

3.2. Se vulneraron los Principios de Razonabilidad y trato no discriminatorio.

3.3. Se vulneraron los Principios de Legalidad y Tipicidad, toda vez que la DFI no cuenta con competencia imponer medidas cautelares, así como para tipificar conductas y sus consecuencias a través de un acto administrativo.

3.4. Se vulneró el Principio de Razonabilidad, en la medida que no se ha evaluado la posibilidad de imponer medidas menos gravosas.

3.5. Se vulneró el Principio de Razonabilidad, toda vez que no se graduó correctamente la sanción impuesta.

IV. ANÁLISIS

4.1. Sobre el supuesto cumplimiento de las medidas cautelares impuestas

A efectos de determinar si TELEFÓNICA cumplió o no con lo dispuesto en las medidas cautelares impuestas mediante las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL, corresponderá analizar el contenido de dichos actos administrativos.

Sobre el particular, tal como se indicó en los antecedentes, en los artículos 1 de dichas Resoluciones se dispuso lo siguiente:

Resolución N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL	Resolución N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL
<p>“Artículo 1°.- IMPONER una Medida Cautelar a la empresa TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A., a fin de que en el plazo de un (01) día hábil, computado a partir del día hábil siguiente de la notificación de la resolución, configure sus sistemas Gateway, STC6i, +simple (Amdocs) o cualquier otro que tenga la función equivalente, de tal manera que el sistema Gateway (sistema que interactúa con el ABDCP y envía la respuesta e información anexa a las consultas previas y solicitudes de portabilidad) obtenga de los sistemas STC6i o +simple (Amdocs), o de aquel que corresponda, y brinde al ABDCP:</p> <p>– El tipo y número de documento de identidad correcto de los abonados, esto es, que <u>en caso los datos brindados por el abonado que realiza la operación de la portabilidad sean coincidentes con los que obran en sus sistemas no objete la consulta previa o solicitud de portabilidad.</u></p>	<p>“Artículo 1°.- IMPONER una Medida Cautelar a la empresa TELEFÓNICA DEL PÉRU S.A.A., a fin de que en el plazo de tres (03) días hábiles computados a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, <u>configure sus sistemas Gateway, STC, +Simple (Amdocs) o cualquier otro que tenga una función equivalente o vinculante, a fin de que el sistema Gateway (sistema que interactúa con el ABDCP y envía la respuesta información anexa a las consultas previas y solicitudes de portabilidad) obtenga de los sistemas STC o +Simple (Amdocs) o de aquel que corresponda:</u></p> <p>– El estado de la línea al momento de la consulta previa o solicitud de portabilidad, a efectos de que únicamente en los casos en que se encuentre el servicio</p>

– La fecha real del vencimiento de la deuda consignada en el último recibo emitido al abonado, y objete las consultas previas y solicitudes de portabilidad, únicamente en caso el abonado tenga una deuda exigible respecto al último recibo emitido, es decir, el abonado no haya cancelado la deuda total facturada del recibo, hasta las 23:59 horas del día de vencimiento indicado en el recibo. En este sentido, en caso los abonados presenten una consulta previa o solicitud de portabilidad en el mismo día del vencimiento del último recibo emitido, no deberá objetar la operación por el motivo: “El abonado tiene deuda exigible”.

(Sin negrita y subrayado en original)

suspendido por mandato judicial, por deuda, por declaración de insolvencia, por uso indebido del servicio o por uso prohibido, el Gateway responderá al ABDCP objetando el procedimiento por “El abonado tiene el número suspendido”. Con la finalidad de que, en caso los abonados no cuenten con el servicio suspendido por tales causas, no se objete la operación por el motivo “El abonado tiene el número suspendido”

(Sin negrita y subrayado en original)

Conforme se advierte, las medidas cautelares, no solo estaban orientadas a que TELEFÓNICA realice determinadas configuraciones en sus sistemas, sino que estas configuraciones que debía efectuar tenían que lograr la finalidad de evitar objeciones indebidas de consultas previas y solicitudes de portabilidad.

Cabe resaltar que dichas medidas cautelares se dictaron en el marco de dos procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra TELEFÓNICA por el supuesto incumplimiento de los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad, por cuanto de las acciones de supervisión efectuadas se había verificado que objetaba indebidamente las consultas previas y solicitudes de portabilidad por motivos de titularidad, deuda exigible y suspensión del servicio, sin que en efecto, existan tales motivos.

En este contexto, contrario a lo afirmado por TELEFÓNICA, las medidas cautelares dispuesta a través de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL, no eran de medios, sino de resultados, toda vez que, conforme a lo expresamente reconocido en la parte considerativa y resolutive de las mismas, buscaban que dicha empresa dejara objetar consultas previas o solicitudes de portabilidad, cuando no se presentaba la casuística de titularidad, deuda exigible o servicio suspendido.

Por lo tanto, en función de lo dispuesto en los artículos 1 de las Resoluciones Cautelares, TELEFÓNICA debió configurar sus sistemas de tal manera que no se presenten más objeciones indebidas a las consultas previas o solicitudes de portabilidad por titularidad, deuda exigible o servicio suspendido.

No obstante, de los Informes de Supervisión que sustentaron el inicio del PAS, la información proporcionada por TELEFÓNICA así como de las acciones de supervisión realizadas, se verificó lo siguiente:

Respecto a la Resolución N° 134-2017-GSF/OSIPTTEL (Informe N° 00136-GSF/SSDU/2018)	Respecto a la Resolución N° 227-2017-GSF/OSIPTTEL (Informe N° 00117-GSF/SSDU/2018)
<p>Durante el 01 de noviembre de 2017 al 22 de marzo de 2018, se verificó que:</p> <p>- 14 112 consultas previas y 1 147 solicitudes de portabilidad fueron rechazadas indebidamente, toda vez que al hacerse la verificación del tipo y número de documento obtenido del ABDCP, coincidían con el tipo de documento y el número de documento registrado en sus sistemas comerciales (STC, +Simple) de TELEFÓNICA.</p>	<p>Entre el 31 de enero al 19 de marzo de 2018, se verificó que:</p> <p>- 56 404 consultas previas y 2 692 solicitudes de portabilidad², fueron objetadas por el motivo de documento obtenido del ABDCP, “El Abonado tiene servicio suspendido”, a pesar que la línea telefónica consultada no tenía un motivo de suspensión al momento de la consulta o solicitud</p>

¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

² Acorde a lo establecido en el artículo 1 de la Resolución N° 0098-2019-GG/OSIPTTEL, se dio por concluido el PAS respecto de cuatro mil quinientas cincuenta y un (4 551) consultas previas y doscientas sesenta y seis (266) solicitudes de portabilidad. Lo resuelto se sustenta en el hecho que, acorde a lo ordenado por la Gerencia General en la Resolución N° 00221-2018-GG/OSIPTTEL, el plazo para el cumplimiento de la Resolución N° 227-2017-GSF/OSIPTTEL, vencía el 15 de febrero de 2018; con lo cual, la verificación de tal cumplimiento tendría que haberse efectuado por la DFI a partir del 16 de febrero de 2018 y no desde el 31 de enero de 2018.

<p>Durante el 16 de noviembre de 2017 al 27 de abril de 2018 se verificó que: - 22 250 consultas previas y 1 313 solicitudes de portabilidad fueron rechazadas indebidamente, toda vez que al verificarse las facturas y pagos se identificó que el día de la consulta previa y/o solicitud de portabilidad la línea telefónica, presentaba un pago anterior a la fecha de rechazo cuyo monto de pago era menor que el monto de la factura o el monto de pago es igual al monto de la factura o el monto de pago es mayor al monto de la factura.</p>	<p>de portabilidad la línea telefónica, que corresponda a las causales por las que sí puede rechazarse (suspensión por deuda, uso prohibido, uso indebido, mandato judicial o declaración de insolvencia).</p>
--	--

Cabe resaltar que, tal como lo ha señalado la Primera Instancia, las acciones que habría implementado TELEFÓNICA, fueron objeto de análisis y verificación por parte de la DFI. No obstante, se advierte que estas no fueron idóneas para dar cumplimiento a lo establecido en las Medidas Cautelares considerando que aun luego de la implementación de dichas medidas se seguían presentando objeciones indebidas a las consultas previas y solicitudes de portabilidad por titularidad, deuda exigible y suspensión del servicio³.

En virtud de lo expuesto, se colige que no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, en la medida que las medidas cautelares impuestas a TELEFÓNICA dispusieron la ejecución de mejoras en sus sistemas que evitaran las objeciones indebidas en los procesos de portabilidad numérica, y la conducta detectada fue que estas objeciones indebidas seguían presenten en los procesos de portabilidad.

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe advertir que en el numeral 71 del Informe de Supervisión N° 00136-GSF/SSDU/2018, a través del cual se verificó el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 de la Resolución de Medida Cautelar N° 00134-2017-GSF/OSIPTEL, se indicó lo siguiente:

“71. Cabe precisar que, existen trece mil ciento setenta y cuatro (13 174) consultas previas y seiscientos setenta y ocho (678) solicitudes de portabilidad, en los que la fecha de pago (sin precisar la hora de pago) es igual a la fecha de rechazo, estos casos fueron considerados como objeciones indebidas.”

Sobre el particular, este Colegiado considera que a fin de acreditar que las objeciones a las consultas previas y solicitudes de portabilidad por deuda fueron indebidas, debe tenerse certeza que los pagos hayan sido, por lo menos, anteriores al momento en que se tramitaron las consultas previas o las solicitudes de portabilidad, según corresponda.

En tal sentido, al no tener la hora de pago, no podría afirmarse que las objeciones fueron indebidas, en la medida que podríamos encontrarlos ante casos en los que los pagos se hayan efectuados con posterioridad a la objeción o rechazo de la consulta previa o solicitud de portabilidad, en la medida que los abonados habrían tomado conocimiento de sus deudas.

En virtud a lo expuesto, en aplicación de los Principios de Verdad Material⁴ y Presunción de Licitud⁵, corresponde dar por concluido el PAS, iniciado a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 de la Resolución N° 00134-2017-GSF/OSIPTEL, respecto de trece mil ciento setenta y cuatro (13 174) consultas previas y seiscientos setenta y ocho (678) solicitudes de portabilidad, detalladas respectivamente, en los **Anexos 1 y 2** de la presente Resolución.

Sin perjuicio de ello, se concluye que TELEFÓNICA sí incumplió las medidas cautelares establecidas en los artículos 1 de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTEL, incurriendo en la infracción tipificada en los artículos 2 de las mismas, respecto de lo siguiente:

• Catorce mil ciento doce (14 112) consultas previas y mil ciento cuarenta y siete (1 147) solicitudes de portabilidad, por Titularidad

• Nueve mil setenta y seis (9 076) consultas previas y seiscientos treinta y cinco (635) solicitudes de portabilidad, por Deuda, detalladas respectivamente, en los Anexos 3 y 4 de la presente Resolución.

• Cincuenta y un mil ochocientos cincuenta y tres (51 853) consultas previas y dos mil cuatrocientos veintiséis (2 426) solicitudes de portabilidad, por Servicio Suspendido.

4.2. Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Razonabilidad y trato no discriminatorio

Cabe indicar que la existencia del Comité de Portabilidad como encargado de efectuar el seguimiento a la portabilidad y coordinar a través de la mesa de ayuda de portabilidad en donde interactúa con las empresas operadoras a fin de dar una solución más inmediata a los problemas en el proceso de portabilidad, no excluye la posibilidad de que se supervise el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Reglamento de Portabilidad, y en caso de incumplimiento, se adopten las medidas correspondientes.

El accionar del OSIPTEL no ha vulnerado el Principio de Razonabilidad y trato discriminatorio, en la medida que en los casos en los que se ha verificado incumplimientos al Reglamento de Portabilidad, respecto a obligaciones vinculadas a objeciones de consultas previas o solicitudes de portabilidad, se ha procedido a iniciar los PAS y sancionar acorde a las circunstancias de cada caso⁶.

En virtud a lo expuesto, se evidencia que la imposición de la medida cautelar y la sanción administrativa por su incumplimiento, no transgrede el Principio de Razonabilidad, ni constituye un trato discriminatorio, sino

³ Más aun, al momento de supervisar el cumplimiento de la resolución N° 227-2017-GSF/OSIPTEL, se elaboró la *Tabla 1: Maestra de Motivos - AMDOCS y/o Servicios Suplementarios - STC*, en la cual se consignaron los motivos de suspensión (reason_id) del servicio de acuerdo a las causales que, de conformidad a lo establecido en el Reglamento de Portabilidad, que podían dar lugar a objeciones debidas a las consultas previas y solicitudes de portabilidad por el motivo “Suspensión del Servicio, clasificando el tipo de rechazo como “Objeción Indevida”, si el último movimiento, obtenido de los Sistemas Comerciales de TELEFÓNICA, a la fecha de la objeción no coincidía con alguno de los motivos de suspensión (reason_id) descritos en la indicada *Tabla 1: Maestra de Motivos - AMDOCS y/o Servicios Suplementarios - STC*. De ello se evidencia, que los problemas en su sistema AMDOCS persistían.

⁴ TUO de la LPAG

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

(...)”

⁵ TUO de la LPAG

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

(...)”

⁶ Ver expedientes N° 00027-2017-GG-GSF/PAS, 00069-2018-GG-GSF/PAS, N° 00116-2018-GG-GSF/PAS, N° 00013-2019-GG-GSF/PAS, N° 00002-2019-GG-GSF/PAS, N° 00025-2019-GG-GSF/PAS, N° 00012-2019-GG-GSF/PAS y N° 00059-2019-GG-GSF/PAS.

que se han impuesto en el debido ejercicio de su labor de fiscalización, supervisión y sanción, tan igual que frente a conductas detectadas por parte de otras empresas operadoras.

4.3. Sobre la competencia de la DFI para dictar medidas cautelares, tipificar conductas infractoras y sus consecuencias a través de un acto administrativo

TELEFONICA cuestiona: i) la competencia de la DFI para imponer las medidas cautelares, y ii) la tipificación de infracciones por la DFI.

a) Respecto a la posibilidad que la DFI pueda imponer medidas cautelares:

El artículo 246 del TUO de la LPAG establece que *“Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad”*.

De manera complementaria, el artículo 157 de la misma norma, establece que iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en dicha Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.

En virtud al marco normativo antes citado, se evidencia que, las medidas cautelares son dictadas ante una situación de puesta en riesgo de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento legal, teniendo como finalidad evitar que dichos bienes se sigan afectando, tal como ha sido el caso de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL, que buscaban garantizar el derecho de los abonados del servicio público de telecomunicaciones a la portabilidad numérica y a la protección de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Respecto a la habilitación legal exigida en el artículo 246 del TUO de la LPAG, cabe indicar que el artículo 23 de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTTEL (LDFF)⁷, dispone que el OSIPTTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. De ello se evidencia que el OSIPTTEL cuenta con habilitación legal para imponer medidas cautelares.

Sobre la base de dicha habilitación, el Reglamento General de OSIPTTEL, y el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTTEL, entonces vigente⁸, establecen que la DFI ejerce la función supervisora⁹ y se encarga de emitir comunicaciones preventivas, medidas de advertencia, medidas cautelares, y en su rol de órgano instructor, da inicio a procedimientos de imposición de medidas correctivas y procedimientos administrativos sancionadores que sean de competencia de la Gerencia General.

Por lo tanto, tomando en cuenta las normas antes mencionadas, las medidas cautelares fueron legalmente emitidas por el órgano competente, este es, la GSF.

b) Respecto a la supuesta tipificación de infracciones a través de las resoluciones de medida cautelar emitidas por la GSF:

En el presente caso se advierte que, el incumplimiento de una medida cautelar se encuentra tipificado en el artículo 28 del RFIS, que dispone que la empresa operadora que no ejecute lo ordenado por el Regulador, incurrirá en infracción leve, salvo que en la misma se establezca una calificación distinta.

Por lo tanto, contrariamente a lo indicado por la Primera Instancia, la tipificación de la conducta se encuentra establecida en el RFIS, norma emitida por el Consejo Directivo, en el ejercicio de su facultad normativa, siendo que lo único que queda postergado para la emisión del acto administrativo que impone la medida cautelar,

previa habilitación, es la calificación del incumplimiento, lo cual no afecta el Principio de Tipicidad, en la medida que la lógica de que la determinación de la gravedad de una conducta se efectúe en cada caso en particular, es que se pondere el impacto de un posible incumplimiento en el bien jurídico protegido, así como los parámetros de lo que se ordene.

Justamente, conforme se advierte de la parte considerativa de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTTEL, el incumplimiento de las medidas cautelares se calificó como muy grave, en la medida que los bienes jurídicos que se buscaban proteger de manera inmediata, tenían una tipificación de igual naturaleza en el Reglamento de Portabilidad.

En efecto, conforme a lo establecido en el entonces numeral 23 del Anexo 2 del Reglamento de Portabilidad, el concesionario cedente que objeto indebidamente una solicitud de portabilidad incurre en infracción muy grave. Por lo tanto, se considera razonable que se haya asignado una calificación de igual magnitud, en la medida que el objeto de las medidas cautelares era salvaguardar que no se presenten objeciones indebidas de portabilidad, además de objeciones de consultas previas.

En virtud a lo expuesto, corresponde desvirtuar los argumentos de TELEFÓNICA sobre dicho extremo.

4.4. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad por no haber evaluado la posibilidad de imponer medidas menos gravosas

De la revisión de la Resolución N° 0098-2019-GSF/OSIPTTEL y el Informe que sustentó la misma, se advierte

⁷ “Artículo 23.- Medidas específicas

23.1 OSIPTTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.
(...)”

⁸ Reglamento de Organización y Funciones aprobado mediante Decreto Supremo N° 104-2010-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 045-2017-PCM, vigentes a la fecha de emisión.

“Artículo 39.- Finalidad de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

La Gerencia de Supervisión y Fiscalización es el órgano de línea que depende de la Gerencia General, responsable de prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones, supervisar y promover el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTTEL, a nivel nacional.

Asimismo, se encarga de emitir comunicaciones preventivas, medidas de advertencia, medidas cautelares y, en su rol de órgano instructor, da inicio a procedimientos de imposición de medidas correctivas y procedimientos administrativos sancionadores que sean de competencia de la Gerencia General en primera instancia administrativa, recomendando las medidas que correspondan.”

“Artículo 40.- Funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

(...) c. Emitir comunicaciones preventivas, medidas de advertencia y medidas cautelares de conformidad con las facultades establecidas en la normativa vigente.
(...)”

⁹ “Artículo 37.- Órgano Competente para el Ejercicio de la Función Supervisora

La función supervisora es ejercida en primera instancia por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para cuyo efecto podrá contar con el apoyo de otras Gerencias o Unidades Orgánicas, previa aprobación de la Gerencia General”.

que la primera instancia sí cumplió con evaluar debidamente los sub principios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad y necesidad y proporcionalidad), a efectos de determinar la sanción administrativa, tal como se resume a continuación:

i) Con relación al Juicio de idoneidad o adecuación. Se advierte que la primera instancia no desconoció el enfoque responsivo que debe orientar las labores del OSIPTEL, al indicar que es *“importante contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas en caso de la ocurrencia de infracciones a efectos de salvaguardar los límites que tienen por objeto garantizar los derechos del administrado y preservar el Estado de Derecho”* No obstante se resaltó que estas 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, en el presente caso, la idoneidad de la medida se sustentó en el hecho que el proceder de TELEFÓNICA no se trataba de un caso aislado, sino de un comportamiento sistemático; y que existía una gran posibilidad que más abonados sean afectados, pudiendo verse desincentivados a realizar la portabilidad, con la idea errónea de que no cumplían con los requisitos para ello, afectándose adicionalmente la competencia, y de este modo a las demás empresas operadoras; así como la confiabilidad del mecanismo de la portabilidad.

Así a pesar de la existencia de un mandato expreso para que detenga su conducta, ello no fue cumplido por TELEFÓNICA, por lo que la imposición de una sanción administrativa resulta idónea para lograr el efecto de desincentivar futuras conductas infractoras.

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

a. Descartó imponer una medida correctiva toda vez que, en el presente caso el beneficio ilícito es elevado al considerar los costos evitados y los ingresos ilícitos. Asimismo, se ha tenido en cuenta el impacto que genera la conducta en el perjuicio a usuarios y a la competencia en general

b. Descartó imponer una Medida de Advertencia, en tanto que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 del Reglamento General de Supervisión, dicha medida no es aplicable cuando el incumplimiento se encuentre tipificado como infracción muy grave.

c. Descartó 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.

iii) Con relación al análisis de proporcionalidad de la sanción impuesta, se advierte que ante la comisión de una infracción muy grave, acorde con lo establecido en el artículo 25 de la LDFF corresponde imponer una multa de entre ciento cincuenta y uno (151) a trescientos cincuenta y cincuenta (350) UIT. Este análisis será considerado en el numeral 4.5 de la presente Resolución.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que tras la cantidad de casos imputados y finalmente considerados en la sanción existen treinta y seis mil ciento veintidós (36 121) abonados que se han visto perjudicados toda vez que, a pesar de intentar efectuar la portabilidad, se habrían visto impedidos por las objeciones indebidas por parte de TELEFÓNICA.

En virtud a lo expuesto, no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, en la medida que no correspondía imponer una medida menos gravosa.

4.5. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad, por no haber graduado debidamente sanción impuesta

De la revisión de la Resolución N° 00098-2019-GG/OSIPTEL, y del Informe N° 00067-PIA/2019, que la

sustenta, se advierte que la Primera Instancia sí efectuó una evaluación de los todos los criterios establecidos en el TUO de la LPAG.

Sobre la probabilidad de detección, coincidimos con la primera instancia en el sentido que la probabilidad de detección de las conductas infractoras asociadas a los incumplimientos de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPTEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPTEL, es alta, toda vez que el OSIPTEL puede verificar la comisión de dicha infracción constatando únicamente el cumplimiento del plazo otorgado y las acciones ordenadas.

Consideramos que la misma no es muy alta, en la medida que la verificación efectuada depende de la información remitida por la propia empresa operadora al estar contenida en sus sistemas, introduciendo cierta complejidad que no conlleva a que se pueda verificar la totalidad de casos, debido a la falta de información, tal como se evidencia en los Informes que sustentaron el inicio del PAS¹⁰.

Respecto a la gravedad del daño debe resaltarse que la portabilidad numérica es un instrumento clave para fomentar la competencia en los servicios fijos y móviles, además garantizar de derecho de cambio de proveedor a los usuarios sin que pierdan su numeración. Por lo tanto, lo que se debe buscar son procesos de portabilidad numérica efectivos que permitan a los usuarios pasar de un operador a otro y, promover la competencia.

De esta manera, la conducta de TELEFÓNICA consistente en objetar indebidamente las consultas previas y solicitudes de portabilidad por titularidad, deuda exigible y servicio suspendido, afectan e inciden directamente en la voluntad de los usuarios, direccionándolos a mantener un servicio público de telecomunicaciones con una empresa operadora que no los satisface y perjudican la competencia en el mercado.

De ello, se colige que el hecho que no se haya cuantificado el perjuicio económico causado, no implica que este no se haya producido. Ello, atendiendo a que la afectación económica directa respecto a cada abonado que quiso pero no pudo portarse a consecuencia de la objeción indebida, es variable en cada caso.

Respecto al beneficio ilícito, cabe resaltar que, tal como indicó la primera instancia, este está constituido por los costos evitados representados por los costos involucrados en todas aquellas actividades necesarias de configuración y/o adecuación y/o mantenimiento de sus Sistemas Gateway, STC6i, +Simple (Andocs), así como de personal, para asegurar que no se generen rechazos indebidos de consultas o solicitudes de portabilidad por titularidad, deuda o servicio suspendido.

Asimismo, se ha considerado el ingreso ilícito que TELEFÓNICA habría obtenido por cada línea que se mantuvo con ella como producto de la objeción de la consulta o solicitud de portabilidad. Para tal efecto se ha precisado que estos ingresos serían generados por el ingreso promedio (ingreso neto de costos) que se estima habría generado cada línea móvil.

Justamente, en atención a la aplicación de dicho criterio, es que la primera instancia advirtió que el

¹⁰ En el numeral 56 del Informe de Supervisión N° 00136-GSF/SSDU/2018, se da cuenta que no es posible analizar doce mil novecientos setenta y cinco (12 975) objeciones por titularidad, debido a que TELEFÓNICA no entregó la base de los movimientos del estado de números telefónicos, lo cual no permitió validar el tipo de número de documento relacionado al número telefónico rechazado.

Asimismo, en el numeral 67 del mismo informe se indica que treinta y nueve mil novecientos cincuenta (39 950) objeciones por deuda exigible, debido a que TELEFÓNICA no entregó la base de facturas y el detalle de facturas emitidas previa la fecha de la objeción, lo cual no permitió validar si el monto adeudo y la fecha de vencimiento coinciden con los datos reportados en las objeciones.

Adicionalmente a ello, el hecho que TELEFÓNICA no haya precisado la hora de pago de trece mil ochocientos cincuenta y dos (13 852) casos, conlleva a que no se pueda determinar si en efecto, las objeciones de las consultas previas o solicitudes de portabilidad fueron indebidas, lo cual sirve de sustento para dar por concluido el PAS en dicho extremo.

cálculo obtenido para la sanción por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 2 de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPEL, ha determinado la sanción dentro del rango establecido para las infracciones muy graves en el artículo 25 de la LDFF.

Cabe resaltar además que el hecho que no haya reincidencia ni se haya determinado intencionalidad en la comisión de la conducta infractora, ha sido considerado, tal es así que no se aplicó agravantes al momento de determinar la sanción de multa.

Más aún, debe advertirse que, si bien se emitieron dos medidas cautelares cuyo incumplimiento fue detectado, y que podrían haber ameritado la imposición de dos sanciones de multa, la Primera Instancia, en atención al Principio de Razonabilidad, optó por imponer una sola sanción administrativa.

Respecto a la supuesta configuración de atenuantes de responsabilidad previstos en el artículo 18 del RFIS, cabe indicar que no se evidencia que TELEFÓNICA haya acreditado el cese de la conducta infractora, la reversión de los efectos producidos por su conducta ni tampoco la implementación de medidas destinadas a la no repetición de la conducta infractora.

En tal sentido, se considera que no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad ni de Proporcionalidad.

Sin perjuicio de lo antes señalado, en el presente caso se evidencia que existe una reducción de trece mil ochocientos cincuenta y dos (13 852) objeciones por deuda exigible, consideradas en la imputación y sanción por el incumplimiento de la Resolución N° 00134-2017-GSF/OSIPEL. Asimismo, se ha verificado que dicha reducción de casos implica que, respecto a dicha casuística (por deuda exigible), se consideren perjudicadas seis mil trescientos dieciséis (6 316) líneas, y no las diecisiete mil setecientos sesenta y siete (17 767) líneas inicialmente consideradas en el inicio del PAS y en el cálculo de la sanción.

En virtud a lo expuesto, toda vez que el cálculo de la sanción de multa ha considerado como criterio el ingreso promedio que se estima habría generado cada línea, corresponde efectuar una adecuación de la sanción de multa de trescientos veintidós como tres (322,3) UIT a doscientos cincuenta y tres como dos (253,2) UIT.

Sobre la solicitud de informe oral presentada por TELEFÓNICA, se advierte que los argumentos planteados en su impugnación –principalmente de derecho–, 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 que no se considera necesario otorgar el informe oral solicitado.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 00007-OAJ/2020, 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 b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPEL en su Sesión N° 769/2020.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 00194-2020-GG/OSIPEL que declaró infundado el recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00098-2019-GG/OSIPEL; y en consecuencia:

i. Dar por concluido el PAS, iniciado a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 de la Resolución N° 00134-2017-GSF/OSIPEL, respecto de trece mil ciento setenta y cuatro (13 174) consultas previas y seiscientos setenta y ocho (678) solicitudes de portabilidad, detalladas respectivamente, en los Anexos 1 y 2 de la presente Resolución; de

conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

ii. MODIFICAR la sanción de multa impuesta a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., por la comisión de las infracciones graves tipificadas en los artículos 2 de las Resoluciones N° 00134-2017-GSF/OSIPEL y N° 00227-2017-GSF/OSIPEL, de 322,3 UIT a 253,2 UIT, toda vez que incumplió las medidas cautelares establecidas en los artículos 1 de dichas Resoluciones, respecto de lo siguiente:

- Catorce mil ciento doce (14 112) consultas previas y mil ciento cuarenta y siete (1 147) solicitudes de portabilidad, por Titularidad, detalladas en la Resolución N° 00098-2019-GG/OSIPEL, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

- Nueve mil setenta y seis (9 076) consultas previas y seiscientos treinta y cinco (635) solicitudes de portabilidad, por Deuda, detalladas respectivamente, en los Anexos 3 y 4 de la presente Resolución, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

- Cincuenta y un mil ochocientos cincuenta y tres (51 853) consultas previas y dos mil cuatrocientos veintiséis (2 426) solicitudes de portabilidad, por Servicio Suspendido, detalladas en la Resolución N° 00098-2019-GG/OSIPEL; 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° 00007-OAJ/2020; ii) Publicar la presente resolución en el diario oficial El Peruano; iii) Publicar la presente resolución en la página web institucional del OSIPEL: www.osipetel.gob.pe, las Resoluciones N° 00098-2019-GG/OSIPEL y N° 00194-2020-GG/OSIPEL y el Informe N° 00007-OAJ/2020, y; iv) Poner en conocimiento de la presente resolución a la Oficina de Administración y Finanzas del OSIPEL para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

1900748-1

ORGANISMOS TECNICOS ESPECIALIZADOS

INSTITUTO NACIONAL DE
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROTECCION DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL

Aceptan renuncia de Gerente de Administración y Finanzas del INDECOPI

RESOLUCIÓN N° 000116-2020-PRE/INDECOPI

San Borja, 5 de noviembre de 2020

VISTOS:

El Informe N° 000201-2020-GRH/INDECOPI, el Informe N° 000652-2020-GEL/INDECOPI, el Informe N° 000101-2020-GEG/INDECOPI, el Acuerdo N° 093-2020 y el Informe N° 000691-GEL/INDECOPI; y,