

VISTOS:

(i) El Proyecto de Resolución presentado por la Gerencia General, que tiene por objeto aprobar el "Proyecto de norma que establece la Oferta Básica de Compartición y otras disposiciones aplicables a la Infraestructura Eléctrica utilizada para el despliegue de redes de telecomunicaciones"; y,

(ii) El Informe N° 00043-DPRC/2020 de la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia, que sustenta y recomienda la aprobación del referido Proyecto; con la conformidad de la Oficina de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332, modificada por las Leyes N° 27631 y N° 28337, el OSIPTEL ejerce entre otras, la función normativa, que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, así como la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones;

Que, el artículo 8 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, dispone que la actuación de este Organismo se orientará a promover las inversiones que contribuyan a aumentar la cobertura y calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, orientando sus acciones a promover la libre y leal competencia en el ámbito de sus funciones;

Que, mediante la Ley N° 28295, se aprobó la Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, en la cual se declara que el acceso y uso compartido de infraestructura es de interés y necesidad pública y establece la obligación del uso compartido de infraestructura para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones;

Que el artículo 8 de la Ley N° 28295, establece que el OSIPTEL es el encargado de velar por su cumplimiento y de establecer todas aquellas disposiciones orientadas a cumplir tal fin;

Que, mediante el Decreto Supremo N° 009-2005-MTC, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones dispuso la aprobación del Reglamento de la Ley N° 28295;

Que, el artículo 3, numeral ii), de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley N° 29904), declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil;

Que, el artículo 13 de la Ley N° 29904 establece, entre otras medidas, que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Asimismo, el artículo 32 de la misma Ley, dispone que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento de dicha obligación de acceso y uso compartido, para lo cual puede dictar las disposiciones específicas que sean necesarias;

Que, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29904 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, en aquellos casos en donde las partes no han logrado consolidar un acuerdo que permita la compartición de la infraestructura con miras a la expansión de la banda ancha, dentro del plazo previsto, el OSIPTEL establece el respectivo mandato de compartición de infraestructura;

Que, entre los años 2016 a 2020, se ha evidenciado que más del 53% de las negociaciones no fueron exitosas,

siendo requerida la emisión de mandatos por el regulador, ello a consecuencia de que las partes no llegan a un acuerdo sobre condiciones requeridas para el acceso y uso compartido y los precios de compartición, a pesar que el OSIPTEL ha manifestado su posición al respecto en diversos pronunciamientos de emisión de mandatos. Por lo que se evidencia que el mercado no ha podido resolver por sí solo la problemática presentada;

Que, de acuerdo al análisis realizado en la Declaración de Calidad Regulatoria - Informe de Vistos- la misma que forma parte de la motivación del Proyecto de Norma, se considera pertinente aprobar para comentarios de los interesados el proyecto de Norma que establezca una Oferta Básica de Compartición así como las reglas que permitan su suscripción, bajo un contexto de cláusulas homogéneas y sistematizadas que aceleren el proceso para el ejercicio del derecho de acceso al uso compartido en tiempos reducidos, sin que, necesariamente, tenga que intervenir el OSIPTEL mediante la emisión de mandatos;

Que, conforme a la política de transparencia de este Organismo Regulador, según lo dispuesto en los artículos 7 y 27 de su Reglamento General, y en concordancia con las reglas establecidas por el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS para la publicación de proyectos de normas legales de carácter general, corresponde disponer que el Proyecto Normativo de Vistos sea publicado en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal Electrónico del OSIPTEL, a fin que los interesados puedan presentar sus comentarios al respecto;

En aplicación de las funciones señaladas en el inciso a) del artículo 25, así como en el inciso b) del artículo 75 del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión 776/20;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar la publicación para comentarios del "Proyecto de norma que establece la Oferta Básica de Compartición y otras disposiciones aplicables a la Infraestructura Eléctrica utilizada para el despliegue de redes de telecomunicaciones".

Artículo 2.- Encargar a la Gerencia General que disponga las acciones necesarias para que la presente Resolución sea publicada en el Diario Oficial El Peruano.

Asimismo, se encarga a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para que la presente Resolución, el Proyecto de Norma, su Exposición de Motivos y el Informe N°00043-DPRC/2020 que lo sustenta, sean publicados en la página web institucional del OSIPTEL (<http://www.osiptel.gob.pe>).

Artículo 3.- Establecer un plazo de treinta (30) días calendario, a ser contado a partir del día siguiente de la fecha en que la presente Resolución sea publicada en el Diario Oficial El Peruano, para que los interesados remitan sus comentarios al correo electrónico sid@osiptel.gob.pe, mediante un archivo adjunto en formato MS Word.

Artículo 4.- Encargar a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL el acopio, procesamiento y sistematización de los comentarios que se presenten, así como la presentación a la Alta Dirección de sus correspondientes recomendaciones.

Regístrese y publíquese

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

1914816-1

Declaran infundado recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Res. N° 234-2020-GG/OSIPTEL, confirman multa y devoluciones a abonados afectados por cobro de tarifas superiores a las establecidas

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 200-2020-CD/OSIPTEL

Lima, 23 de diciembre de 2020

EXPEDIENTE N°	: 00070-2016-GG-GFS/PAS
MATERIA	: Recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 234-2020-GG/OSIPTTEL
ADMINISTRADO	: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A (en adelante, TELEFÓNICA) contra la N° 234-2020-GG/OSIPTTEL que declaró PARCIALMENTE FUNDADO el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 298-2017-GG/OSIPTTEL, modificando la multa a trescientos diecisiete (317) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTTEL (en adelante, Reglamento de Tarifas), al haber aplicado tarifas superiores a las tarifas máximas fijas dispuestas en el artículo 2 del Sistema de Tarifas Rurales, respecto a llamadas locales y de larga distancia nacional originadas en sus abonados del servicio fijo con destino a teléfonos públicos rurales.

(ii) El Informe N° 050-OAJ/2020 del 10 de diciembre de 2020, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica, ye;

(iii) El Expediente N° 00070-2016-GG-GFS/PAS.

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante carta N° 2117-GFS/2016, notificada el 26 de octubre de 2016, la Dirección de Fiscalización e Instrucción 1 (en adelante, DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento de Tarifas, al haber aplicado tarifas superiores a las tarifas máximas fijas dispuestas en el artículo 2 del Sistema de Tarifas Rurales, respecto a llamadas locales y de larga distancia nacional originadas en sus abonados del servicio fijo con destino a teléfonos públicos rurales.

1.2. El 9 de noviembre de 2016, mediante carta N° TP-AG-GGR-2753-2016, TELEFÓNICA solicitó un plazo adicional de treinta (30) días hábiles para la presentación de sus descargos; el cual fue otorgado por la DFI a través de la carta N° 2264-GFS/2016, notificada el 14 de noviembre de 2016; venciendo dicho plazo el 29 de diciembre de 2016, sin que tales descargos fueran presentados a esa fecha.

1.3. A través de la carta N° 216-GFS/2017, notificada el 25 de enero de 2017, la DFI remitió a TELEFÓNICA copia del Informe N° 028-GFS/2017 (en adelante, Informe Final de Instrucción) en el que analiza la responsabilidad de dicha empresa operadora, otorgándole un plazo de cinco (5) días para la formulación de descargos.

1.4. El 25 de enero de 2017, mediante carta N° TP-0257-AG-GGR-17, TELEFÓNICA remitió sus descargos, los cuales fueron ampliados a través de las cartas N° TP-0413-AR-GGR-17 y N° TP-0553-AG-GGR-17, de fecha 3 y 16 de febrero de 2017, respectivamente.

1.5. El 10 de noviembre de 2017, mediante carta N° TP-3404-AG-GGE-17, TELEFÓNICA remitió información adicional y solicitó audiencia de informe oral ante la Primera Instancia, la cual fue realizada el 5 de diciembre de 2017.

1.6. Mediante Resolución N° 298-2017-GG/OSIPTTEL notificada el 20 de diciembre de 2017, la Primera Instancia sancionó a TELEFÓNICA con una multa de trescientos cincuenta (350) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento de Tarifas y dispuso que dicha empresa devuelva y acredite las devoluciones a cincuenta y dos mil ochenta y seis (52 086) abonados, por un monto cobrado en exceso ascendente a setecientos treinta y ocho mil trescientos ochenta y ocho y 76/100 soles (S/. 738 388.76).

1.7. El 15 de enero de 2018, mediante carta N° TDP-0155-AG-ADR-18, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 298-2017-GG/OSIPTTEL, el cual fue ampliado el 19 de enero de 2018, mediante carta N° TDP-0201-AG-ADR-18 en la que además, solicitó audiencia de informe oral ante la Primera Instancia, la cual fue realizada el 30 de enero de 2018.

1.8. Mediante cartas N° TP-0851-AG-GGR-182, N° TP-0865-AG-ADR-183 y N° TDP-2200-AR-ADR-184, de fechas 6 y 8 de marzo, y 6 de julio de 2018, respectivamente, TELEFÓNICA amplió los argumentos de su Recurso de Reconsideración.

1.9. Mediante Resolución N° 234-2020-GG/OSIPTTEL5 del 28 de septiembre de 2020, la Primera Instancia declaró parcialmente fundado el Recurso de Reconsideración y, en consecuencia, modificó la multa impuesta a TELEFÓNICA, de trescientos cincuenta (350) UIT a trescientos diecisiete (317) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento de Tarifas; y, dispuso que dicha empresa devuelva y acredite las devoluciones a mil quinientos setenta (1570) abonados afectados, por los montos cobrados en exceso.

1.10. El 20 de octubre de 2020, mediante carta N° TDP-3043-AR-ADR-20, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 234-2020-GG/OSIPTTEL y solicitó audiencia de informe oral ante el Consejo Directivo.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la 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 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. Habría efectuado las devoluciones a la totalidad de abonado, a quienes se les facturó una tarifa mayor.

3.2. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, debido a que no se ha evaluado la imposición de una medida menos gravosa.

3.3. Los criterios utilizados para la graduación de la sanción han sido motivados de manera aparente.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

4.1. Sobre las devoluciones efectuadas

TELEFÓNICA sostiene que ha realizado las devoluciones y sus intereses respectivos a dos mil ochocientos y un (2801) abonados, con la finalidad de resarcir el incumplimiento al artículo 2 del Sistema de Tarifas del Servicio Rural, conforme ha sido corroborado por el OSIPTTEL a través del informe N° 062-GSF/2018. Por tal motivo, considera que en aplicación del Principio de Razonabilidad correspondería revocar la multa impuesta.

Antes de entrar al análisis de los argumentos planteados por TELEFÓNICA, es importante señalar que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, ha quedado acreditada la responsabilidad de la referida empresa por el incumplimiento del Reglamento de Tarifas, al haber aplicado tarifas superiores a las tarifas máximas fijas dispuestas en el artículo 2 del Sistema de Tarifas Rurales, respecto a llamadas locales y de larga distancia

nacional originadas en sus abonados del servicio fijo con destino a teléfonos públicos rurales.

Ahora bien, el hecho que TELEFÓNICA indique que realizó la devolución a los abonados afectados, no implica que la infracción no se haya cometido sino que corresponderá evaluar dicha circunstancia en el cálculo de la multa impuesta.

Sobre ello, debe considerarse que el artículo 40 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTTEL, establece que las empresas operadoras están obligadas a efectuar las devoluciones por los pagos indebidos o cobros en exceso que hubieren efectuado los abonados por la prestación de un servicio público de telecomunicaciones, es decir que la obligación de devolución aplica a la totalidad de abonados afectados.

En ese sentido, conforme ha sido analizado en la Resolución N° 234-2020-GG/OSIPTTEL, ha quedado acreditado que cuatro mil trescientos setenta y un (4371) abonados de teléfonos fijos fueron afectados por la aplicación de tarifas superiores a las establecidas en el artículo 2 del Sistema de Tarifas Rurales entre el 18 de febrero y el 31 de diciembre de 2014.

Sin embargo, la Primera Instancia -sobre la base del análisis contenido en el Informe N° 062-GSF/2018- ha concluido que TELEFÓNICA ha realizado las devoluciones correspondientes solo a dos mil ochocientos y un (2801) abonados; es decir, aún se encuentra pendiente de acreditar las devoluciones a mil quinientos setenta (1570) abonados.

Precisamente, considerando las devoluciones acreditadas, a través de la Resolución N° 234-2020-GG/OSIPTTEL, la Primera Instancia modificó el monto de la sanción impuesta, tal como se detalla a continuación:

(...)

De esta manera, atendiendo a la disminución del número de abonados imputados, así como el monto cobrado exceso, corresponde se recalcule la multa impuesta, sobre la base de los criterios de graduación de la sanción establecidos en el Principio de Razonabilidad reconocidos por el numeral 3. del artículo 246° del TUO de la LPAG analizados para la emisión del RESOLUCIÓN 298, pero considerando la variación del beneficio económico que habría obtenido TELEFÓNICA respecto de los ingresos obtenidos por la aplicación de tarifas superiores a las tarifas máximas fijas conforme al artículo 2° en el caso de cuatro mil trescientos setenta y un (4371) abonados de teléfonos fijos, así como las devoluciones pendientes de efectuar a mil quinientos setenta (1570) abonados; y el perjuicio económico ocasionado con tal circunstancia. Lo cual determina que, en el caso en particular, se reduzca la multa impuesta a TRESCIENTAS DIECISIETE (317) UIT. (...)"

No obstante ello, en su Recurso de Apelación, TELEFÓNICA no ha remitido medios probatorios adicionales destinados a acreditar que efectuó las devoluciones correspondientes a la totalidad de abonados afectados por su conducta infractora.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA en este extremo.

4.2. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad

TELEFÓNICA expresa que la multa impuesta no supera los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, habiéndose vulnerado el Principio de Razonabilidad, toda vez que no se ha evaluado la imposición de medidas menos gravosas, teniendo en cuenta que: i) es la primera vez que ha sido sancionada por el artículo 2 del Sistema de Tarifas del Servicio Rural; ii) ha efectuado devoluciones con los intereses respectivos a los abonados afectados; y, iii) el número de incumplimientos solo representaría el 8% de los casos inicialmente imputados.

De este modo, sostiene que los parámetros de *enforcement* incorporados por el Decreto Legislativo

N° 1272 preponderan la imposición de mecanismos de cumplimiento de las conductas en lugar de la aplicación de sanciones. Agrega que dicho enfoque ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en los Expedientes N° 0003-2015-PI/TC y N° 0012-2015-PI/TC.

En esa línea, TELEFÓNICA considera que, en casos anteriores, el Consejo Directivo optó por revocar las sanciones impuestas, al haberse demostrado que no había mérito para imponer una sanción pecuniaria; para ello cita las Resoluciones N° 151-2018-CD/OSIPTTEL, N° 100-2018-CD/OSIPTTEL y N° 047-2018-CD/OSIPTTEL.

Por lo tanto, considera que en seguimiento del esquema de priorización de la intervención administrativa que ofrece la regulación responsiva correspondería revocar la resolución impugnada o disponer la imposición de una medida menos gravosa.

En principio, conviene reiterar que está plenamente acreditado que TELEFÓNICA cometió la infracción muy grave tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento de Tarifas, al haber aplicado tarifas superiores a las tarifas máximas fijas dispuestas en el artículo 2 del Sistema de Tarifas Rurales, para llamadas locales y de larga distancia nacional originadas en sus abonados fijos urbanos con destino a teléfonos públicos rurales, afectando a un total de cuatro mil trescientos setenta y un (4371) abonados de teléfonos fijos.

Cabe señalar que, en virtud del enfoque de regulación responsiva, la Administración pública debe contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas ante el incumplimiento de obligaciones por parte de los administrados; sin embargo, dichas herramientas no constituyen una estructura rígida, sino que funcionan de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias que presente determinado caso en particular.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la tipificación contemplada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento de Tarifas, establece la posibilidad de sancionar el incumplimiento de la empresa operadora, independientemente de la cantidad de situaciones o casos en los que se advierta el incumplimiento o si es la primera vez en que este se produce. Asimismo, como ha sido expuesto en el numeral anterior del presente informe, se ha verificado que TELEFÓNICA no ha efectuado las devoluciones correspondientes a la totalidad de abonados afectados por su conducta infractora.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que imponer una sanción pecuniaria ante la comisión de la infracción por aplicar tarifas superiores a las tarifas máximas fijas establecidas en el artículo 2 del Sistema de Tarifas del Servicio Rural es acorde al Principio de Razonabilidad.

En efecto, en relación al **juicio de adecuación**, debe tenerse en cuenta que el Sistema de Tarifas del Servicio Rural busca incentivar la conexión con la población rural. De allí que la sanción impuesta se encuentra plenamente justificada debido a que está destinada a reprimir la conducta infractora de TELEFÓNICA para que, en lo sucesivo, no cobre tarifas superiores a las fijadas y, de este modo, no afecte las comunicaciones cursadas entre los usuarios del servicio de telefonía fija y los usuarios del servicio de teléfonos públicos rurales.

Por otro lado, respecto del **juicio de necesidad** y la posibilidad de aplicar medidas menos gravosas en vez de una sanción, se verifica que no es posible imponer una Medida Correctiva puesto que, entre otros aspectos, la probabilidad de detección de la infracción es baja y el beneficio ilícito no es reducido. Del mismo modo, no correspondía aplicar comunicaciones preventivas o medidas de advertencia, debido a que la primera de ellas se impone en el marco de acciones monitoreo6 y, la segunda, pese a que puede ser impuesta durante la etapa de supervisión7 no resultaba aplicable considerando la gravedad del impacto de la infracción imputada.

Finalmente, en relación al **juicio de proporcionalidad**, la imposición de la multa busca generar incentivos suficientes para que la empresa operadora realice las acciones necesarias para no aplicar tarifas superiores a las fijadas en el Sistema de Tarifas del Servicio Rural, lo

cual permite concluir que el beneficio en favor del interés público es mayor que el eventual perjuicio que pueda afectar la esfera de TELEFÓNICA; por lo que, no puede alegarse la existencia de exceso de punición.

De otro lado, en cuanto a la Sentencia Constitucional recaída en los Expedientes N° 0003-2015-PI/TC y N° 0012-2015-PI/TC, a la que alude TELEFÓNICA, es importante resaltar que fue expedida en el marco de los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra la Ley N° 30230, "Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país"⁸, la cual no ha regulado ningún ámbito de actuación del OSIPTEL; por lo tanto, lo resuelto en dicha Sentencia no es vinculante a este organismo regulador.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que el Tribunal Constitucional ha señalado -en el fundamento jurídico 13 de la referida Sentencia- que el Estado promueve plenamente el respecto del medio ambiente con la adopción de medidas perfectamente razonables impulsando su poder sancionador allí donde se verifica indiscutibles situaciones graves. A partir de dicho criterio, se puede concluir que la gravedad de la afectación del bien jurídico protegido condicionará la adopción de medidas administrativas más intensas como es el caso de las sanciones.

De este modo, dado el grado de afectación generado por la aplicación de tarifas superiores a las fijadas en el Sistema de Tarifas del Servicio Rural -que afecta económicamente a los abonados del servicio de telefonía fija y desincentiva la comunicación hacia los teléfonos públicos rurales- no es posible imponer otras medidas distintas a la sanción sin que se deje sin protección dicho bien jurídico.

En esta misma línea, se verifica que el presente caso es distinto a los que se analizaron en las resoluciones aludidas por TELEFÓNICA, toda vez que, sin negar que se haya cometido cada infracción en particular, el Consejo Directivo consideró que, por sus propias particularidades, correspondía revocar la sanción impuesta, conforme se advierte a continuación:

(i) Mediante las Resoluciones N° 151-2018-CD/OSIPTEL y N° 047-2018-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo revocó las multas impuestas, a América Móvil Perú S.A.C. y Viettel Perú S.A.C., respectivamente, por la falta de entrega de información completa en los formatos del Reporte de Información Anual (RIA)⁹, considerando que:

- Para el caso de América Móvil Perú S.A.C.: (i) la información ya no era requerida con el mismo nivel de desagregación; y, (ii) únicamente no se remitió un (1) reporte por cada trimestre, considerando el total de reportes requeridos en el RIA 2013.

- Para el caso de Viettel Perú S.A.C.: (i) el incumplimiento estuvo referido a los primeros reportes remitidos por dicha empresa operadora; y, de otro lado, también se consideró que (ii) la información no remitida no pudo alterar el análisis realizado por el regulador, toda vez que, en el periodo evaluado, dicha empresa no contaba con abonados para la prestación del servicio portador de larga distancia e internet.

(ii) Mediante la Resolución N° 100-2018-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo revocó la multa impuesta a Entel Perú S.A. por entregar información inexacta¹⁰ en la elevación de expedientes ante el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), considerando que dicha información no afectó la función de solución de reclamos de usuarios y, de este modo, no se afectó el derecho de los usuarios.

Como puede advertirse, a diferencia de los casos anteriores en los que la conducta infractora tuvo un mínimo impacto en las funciones del OSIPTEL y en los derechos de los usuarios, en el presente caso sí se afectó de forma significativa a los abonados del servicio de telefonía fija, desincentivando su comunicación con los usuarios del servicio de teléfonos públicos rurales.

En consecuencia, al no existir vulneración del Principio de Razonabilidad, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA en el presente extremo.

4.3. Sobre los criterios de graduación de la sanción

TELEFÓNICA expresa que los criterios utilizados para la graduación de la sanción han sido motivados de manera aparente; por lo que, considera que debe revocarse la multa impuesta o reducirse al mínimo legal exigido para infracciones muy graves.

Al respecto, corresponde analizar cada uno de los criterios para la graduación de la sanción que establece el TUO de la LPAG.

(i) Sobre el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción

TELEFÓNICA considera que no se ha acreditado cuáles son los supuestos beneficios económicos que obtuvo, toda vez que, al haber ejecutado las devoluciones a los abonados afectados, no evitó costos. En ese sentido, sostiene que, por presunción de licitud, es el OSIPTEL quien debe demostrar que este criterio se haya configurado.

Sobre ello, conforme ha sido analizado por la Primera Instancia, el beneficio ilícito se encuentra conformado no solo por un costo evitado, representado por la estimación de costos de personal y costos del sistema, sino también por los ingresos ilícitos representados por los ingresos que obtuvo la empresa operadora por aplicar tarifas superiores a las tarifas máximas fijadas establecido en el Sistema de Tarifas del Servicio Rural respecto de cuatro mil trescientos setenta y un (4371), así como por las devoluciones pendientes de efectuar a mil quinientos setenta (1570) abonados.

(ii) Sobre la probabilidad de detección de la infracción

TELEFÓNICA sostiene que la probabilidad de detección de la infracción debe considerarse alta, dado que se mide en función a la expectativa que tiene la autoridad de detectar un incumplimiento a partir del uso de las herramientas con las que cuenta.

Al respecto, alude a la Resolución N° 076-2019-CD/OSIPTEL en donde se redujo la multa al identificar que la probabilidad de detección era media, a diferencia de lo evaluado por la Primera Instancia, para quien la probabilidad era baja.

Sobre el particular, la Primera Instancia ha indicado que la probabilidad de detección de la infracción es baja, toda vez que el OSIPTEL debe incurrir en un procedimiento de verificación en base a la información proporcionada por la empresa operadora (CDR) obtenida de sus Sistemas.

A mayor abundamiento, es importante precisar que según el Informe N° 152-GPRC/2019 que sustenta la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores del OSIPTEL, el nivel de probabilidad de detección de una determinado infracción será baja cuando, entre otros supuestos, la disponibilidad de información requiere de mayor esfuerzo para la verificación de la conducta.

En ese sentido, teniendo en cuenta que para verificar si la aplicación de tarifas supera a las tarifas máximas fijadas en el Sistema de Tarifas del Servicio Rural se debe tener acceso a la información que obra en los sistemas de TELEFÓNICA, se concluye que la probabilidad de detección es baja, en tanto implica un mayor esfuerzo por parte de la DFI.

Bajo este contexto, toda vez que la probabilidad de detección es baja, no corresponde reducir la multa impuesta.

(iii) Sobre el perjuicio económico causado

TELEFÓNICA expresa que el porcentaje de incumplimiento es menor al inicialmente imputado lo que significaría una cifra sustancialmente reducida del monto en exceso que habría recaudado. Adicionalmente, indica que no se ha generado perjuicio económico en tanto ha

efectuado las devoluciones más los intereses respectivos a los abonados afectados.

Al respecto, es importante precisar que inicialmente en la Resolución N° 298-2017-GG/OSIPTEL la Primera Instancia consideró que la infracción cometida por TELEFÓNICA afectó a un total de cincuenta y dos mil ochenta y seis (52 086) abonados fijos por un monto cobrado en exceso ascendente a setecientos treinta y ocho mil trescientos ochenta y ocho con 76/100 soles (S/. 738 388.76).

No obstante, en la Resolución N° 234-2020-GG/OSIPTEL, luego de valorar las nuevas pruebas presentadas en el Recurso de Reconsideración, la Primera Instancia determinó que son cuatro mil trescientos setenta y un (4371) los abonados afectados por TELEFÓNICA. Por lo tanto, se advierte que el perjuicio económico causado a dichos abonados es menor al inicialmente señalado, ascendiendo a un monto de treinta y seis mil novecientos cuarenta y tres con 80/100 soles (S/. 36 943.80).

Sin perjuicio de lo anterior, es importante precisar que el perjuicio económico causado por la infracción no es el único criterio a tener en consideración para determinar la multa a imponer.

(iv) Sobre la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido

TELEFÓNICA reitera que el OSIPTEL debe indicar cuál fue el daño producido al interés público o al bien jurídico protegido y, además, debe cuantificarlo a efectos de saber a cuánto ascendería reparar un "daño" de esa naturaleza.

Sobre el particular, conforme ha sido precisado en la Resolución N° 234-2017-GG/OSIPTEL, el Sistema de Tarifas del Servicio Rural busca incentivar la conexión con la población rural, lo cual crea importantes beneficios y externalidades positivas en el resto de usuarios y en la sociedad.

De este modo, la conducta infractora de TELEFÓNICA, al cobrar tarifas superiores a las fijadas en el Sistema de Tarifas del Servicio Rural, afecta muy gravemente las comunicaciones cursadas entre los usuarios del servicio de telefonía fija y los usuarios del servicio de teléfonos públicos rurales.

Cabe señalar que, dada la naturaleza del daño producido al bien jurídico protegido por la norma, no es posible cuantificar económicamente dicho daño.

Sin perjuicio de ello, es importante precisar que la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF), ha previsto que las infracciones muy graves son pasibles de una multa de hasta trescientos cincuenta (350) UIT.

(v) Sobre las circunstancias de comisión de la infracción

TELEFÓNICA refiere que el OSIPTEL no ha acreditado cuáles son los beneficios que obtuvo en tanto ha ejecutado las devoluciones.

Al respecto, como se ha expuesto anteriormente, los beneficios obtenidos por TELEFÓNICA consisten no solo en los costos evitados para cumplir su obligación sino que incluyen los ingresos ilícitos que obtuvo por aplicar tarifas superiores a las tarifas máximas fijadas establecido en el Sistema de Tarifas del Servicio Rural respecto de cuatro mil trescientos setenta y un (4371). Asimismo, ha quedado plenamente acreditado que, a la fecha, aún está pendiente las devoluciones a mil quinientos setenta (1570) abonados.

(vi) Sobre la reincidencia en la comisión de la infracción

TELEFÓNICA expresa que no se ha configurado reincidencia, por lo que debe seguirse el criterio contenido en la Resolución N° 060-2018-CD/OSIPTEL, en la cual el Consejo Directivo redujo la multa al mínimo legal, debido a que la conducta era no reincidente y porque el beneficio ilícito no fue determinado.

Sobre el particular, es importante dejar en claro que en la Resolución N° 060-2018-CD/OSIPTEL el Consejo

Directivo redujo la multa impuesta debido a que, en el expediente sancionador y en el expediente de supervisión, no obraba información que permita determinar la magnitud del beneficio ilícito obtenido por la empresa operadora 11 y no, como sostiene TELEFÓNICA, por la inexistencia de reincidencia.

En consecuencia, teniendo en cuenta que en el presente caso sí se ha acreditado la existencia del beneficio ilícito obtenido por TELEFÓNICA al aplicar tarifas superiores a las tarifas máximas previstas en el Sistema de Tarifas del Servicio Rural, no corresponde aplicar el criterio contenido en la Resolución N° 060-2018-CD/OSIPTEL.

(vii) Sobre la existencia de intencionalidad y la capacidad económica del sancionado

TELEFÓNICA indica que estos criterios no pueden ser verificados, dado que la conducta imputada no se ha producido por su actuar doloso o culposo. Asimismo, anota que la capacidad económica del administrado no debe servir este como único sustento para agravar su situación.

Al respecto, es importante precisar que para la configuración de la infracción tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento de Tarifas, no es necesaria la intencionalidad en la conducta por parte de la empresa operadora sino que, como ha sido expuesto por la Primera Instancia, basta que esta actúe sin la diligencia debida en el cumplimiento de su obligación.

En el caso en particular, se ha verificado plenamente la falta de diligencia de TELEFÓNICA puesto que si hubiera obrado diligentemente no hubiera aplicado tarifas superiores a las tarifas máximas previstas en el Sistema de Tarifas del Servicio Rural.

Finalmente, cabe señalar que la capacidad económica del sancionado, contrario a lo señalado por TELEFÓNICA, no es un criterio para agravar su situación jurídica sino que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la LDFF, las multas no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión.

Bajo este orden de ideas, se verifica que la Primera Instancia ha desarrollado cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG acotando el análisis de cada uno de ellos a los hechos observados en el presente procedimiento administrativo sancionador. Por tanto, el hecho que TELEFÓNICA discrepe de la evaluación, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de un defecto en su motivación.

Por lo tanto, toda vez que se ha motivado adecuadamente el monto de la multa impuesta, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA en este extremo.

V. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la LDFF, 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.

Al ratificar el Consejo Directivo las sanciones a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 2 del Anexo N° 1 del Reglamento General de Tarifas, corresponde la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75 del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 776 de fecha 17 de diciembre de 2020.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ

S.A.A. contra la Resolución N° 234-2020-GG/OSIPTTEL y, en consecuencia:

(i) CONFIRMAR una (1) multa de trescientos diecisiete (317) UIT por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 2 del Anexo N° 1 “Régimen de Infracciones y Sanciones” del Reglamento General de Tarifas aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias, al haber aplicado tarifas superiores a las tarifas máximas fijas conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Sistema de Tarifas del Servicio Rural, aprobado por Resolución N° 055-99-CD/OSIPTTEL, respecto de llamadas locales y de larga distancia nacional originadas en sus abonados del servicio fijo con destino a teléfonos públicos rurales.

(ii) CONFIRMAR que corresponde a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. devolver y acreditar las devoluciones a mil quinientos setenta (1570) abonados afectados por el cobro de tarifas superiores a las establecidas en el artículo 2 del Sistema de Tarifas del Servicio Rural aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 055-99-CD/OSIPTTEL, por los montos cobrados en exceso en el periodo comprendido entre el 18 de febrero y el 31 de diciembre de 2014.

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

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia General disponer 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, el Informe N° 050-OAJ/2020, así como las Resoluciones N° 234-2020-GG/OSIPTTEL y N° 298-2017-GG/OSIPTTEL, en el portal web institucional del OSIPTTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

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

Regístrese, comuníquese y publíquese,

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

¹ De acuerdo al nuevo Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTTEL, cuya Sección Primera fue aprobada por Decreto Supremo N° 160-2020-PCM y su Sección Segunda fue aprobada por Resolución de Presidencia N° 094-2020-PD/OSIPTTEL, las funciones correspondientes a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización son realizadas en lo sucesivo por la Dirección de Fiscalización e Instrucción.

² Tramitada en el Expediente Confidencial N° 244-2018/GSF/IC.

³ Tramitada en el Expediente Confidencial N° 244-2018/GSF/IC.

⁴ Tramitada en el Expediente Confidencial N° 632-2018-GG-IC.

⁵ Notificada mediante correo electrónico del 29 de septiembre de 2020.

⁶ Artículo 7 del Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución N° 090-20015-CD/OSIPTTEL

⁷ Artículo 30 del Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución N° 090-20015-CD/OSIPTTEL

⁸ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de julio de 2014. La referida ley, entre otras disposiciones, determinó en su artículo 19 que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), durante un plazo de tres (3) meses, ante la verificación de infracciones bajo su ámbito, privilegie la imposición de medidas correctivas y únicamente ante su incumplimiento proceda a imponer la sanción correspondiente.

⁹ Conducta tipificada como infracción grave en el artículo 7 del RFIS.

¹⁰ Conducta tipificada como infracción grave en el artículo 9 del RFIS.

¹¹ En dicha ocasión se imputó el incumplimiento de la obligación de verificar la identidad del solicitante en forma previa a la activación de la línea, prevista en el artículo 11-A del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso, infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 de dicha norma.

Declaran fundado en parte recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Res. N° 246-2020-GG/OSIPTTEL y modifican sanción de multa impuesta

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 201-2020-CD/OSIPTTEL

Lima, 23 de diciembre de 2020

EXPEDIENTE N°	: 00060-2015-GG-GFS/PAS
MATERIA	: Recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 246-2020-GG/OSIPTTEL
ADMINISTRADO	: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 246-2020-GG/OSIPTTEL que declaró INFUNDADO el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 285-2017-GG/OSIPTTEL que le impuso una multa de trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 4 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTTEL (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso) al haber incumplido con la obligación establecida en el segundo párrafo del artículo 11 de la misma norma, en setenta y siete (77) acciones de supervisión.

(ii) El Informe N° 052-OAJ/2020 del 11 de diciembre de 2020, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica, y;

(iii) El Expediente N° 00060-2015-GG-GFS/PAS

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante carta N° 1900-GFS/2015, notificada el 7 de octubre de 2015, la Dirección de Fiscalización e Instrucción¹ (en adelante, DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 3 y 4 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTTEL (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso) por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el segundo y tercer párrafo del artículo 11² de la misma norma, conforme al siguiente detalle:³

Reglamento	Obligación	Tipificación	Conducta imputada	Gravedad
TUO de las Condiciones de Uso	Segundo párrafo del artículo 11	Artículo 4 del Anexo 5	No seguir el procedimiento de verificación de identidad del abonado de manera previa a la activación del servicio público móvil, al no exigir la exhibición y copia del documento de identidad, en 80 acciones de supervisión.	Muy Grave
	Tercer párrafo del artículo 11	Artículo 4 del Anexo 5	No publicar un cartel o afiche en sus puntos de venta, difundiendo las obligaciones contempladas en el segundo párrafo del artículo 11 en 63 acciones de supervisión.	Grave

1.2. El 9 de noviembre de 2015, mediante carta N° TP-AR-GGR-3057-2015, TELEFÓNICA remitió sus descargos.

1.3. A través de la carta N° 1043-GG/2017, notificada el 18 de septiembre de 2017, la Gerencia General remitió a TELEFÓNICA copia del Informe N° 073-GFS/2017 (en adelante, Informe Final de Instrucción) en el que analiza la responsabilidad de dicha empresa operadora, otorgándole un plazo de cinco (5) días para la formulación de descargos.