

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

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

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

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

1879266-1

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

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

Lima, 18 de agosto de 2020

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

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) el 2 de julio de 2020, contra la Resolución N° 114-2020-GG/OSIPTEL mediante la cual se declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 256-2018-GG/OSIPTEL, mediante la cual se sancionó a dicha empresa con una (1) multa de ciento cincuenta (150) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹ (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), en tanto habría incumplido lo dispuesto en el artículo 12-A de dicha norma.

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

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

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

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

Expediente N° 005-2018-GG-GSF/PAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Expediente N° 066-2018-GG-GSF/PAS

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

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

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

² Vigente hasta el 30 de setiembre de 2015.

³ Vigente a partir del 1 de febrero de 2016.

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

⁵ Vigente hasta el 30 de setiembre de 2015.

⁶ Vigente a partir del 1 de febrero de 2016.

treinta (30) días hábiles adicionales al plazo inicialmente otorgado, la cual fue atendida con carta N° 1219-GSF/2018 notificada el 7 de agosto de 2018, concediéndose a la empresa operadora el plazo de veinte (20) días hábiles adicionales, para la remisión de sus descargos.

1.13. Mediante carta N° TDP-2778-AG-ADR-18 recibido el 4 de setiembre de 2018, TELEFÓNICA presentó sus descargos.

1.14. Con carta N° 729-GG/2018, notificada el 20 de setiembre de 2018, la Gerencia General puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción N° 169-GSF/2018, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.

1.15. Mediante carta N° TDP-3009-AR-ADR-18 recibida el 27 de setiembre de 2018, TELEFÓNICA remitió sus descargos al Informe N° 169-GSF/2018.

1.16. A través de la Resolución N° 256-2018-GG/OSIPTEL de fecha 25 de octubre de 2018⁷, la Gerencia General resolvió sancionar a TELEFÓNICA con una multa de ciento cincuenta (150) UIT por el incumplimiento de los numerales i, ii y iii del artículo 12-A del TUO de las Condiciones de Uso.

1.17. El 20 de noviembre de 2018, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 256-2018-GG/OSIPTEL.

1.18. Mediante Resolución N° 114-2020-GG/OSIPTEL de fecha 10 de junio de 2020⁸, la Gerencia General declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA.

1.19. El 2 de julio de 2020, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 114-2020-GG/OSIPTEL y solicitó Informe Oral.

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

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones⁹ (en adelante, RFIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁰ (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

TELEFÓNICA sustenta el Recurso de Apelación, principalmente, en los siguientes argumentos:

3.1. La sanción impuesta mediante la Resolución N° 066-2018-GG-GSF/PAS debe dejarse sin efecto, toda vez que el OSIPTEL ha sancionado mediante la Resolución N° 089-2018-GG/OSIPTEL, la misma infracción y para el mismo periodo de supervisión.

3.2. Respecto del incumplimiento del artículo 12 y 12-A del TUO de las Condiciones de Uso

3.2.1. El análisis de OSIPTEL no debe referirse a la cantidad de líneas sino a los procedimientos de cuestionamiento de titularidad.

3.2.2. La obligación contenida en el numeral i) del mencionado artículo tendría naturaleza formal y su incumplimiento no habría afectado a la administración o a los usuarios

3.2.3. Debió haberse aplicado la subsanación voluntaria en relación al numeral ii) de la disposición señalada.

3.2.4. Las líneas imputadas en relación al numeral iii) se encontraban en baja por inactividad, con lo cual no habría existido afectación a los usuarios.

3.3. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad dado que se estaría sancionando a TELEFÓNICA por un número mínimo de cuestionamientos de titularidad.

3.4. Las multas no habrían sido graduadas razonablemente.

3.5. Las multas impuestas serían desproporcionales con las impuestas a otras empresas, lo cual evidenciaría un trato desigual.

IV. CUESTIONES PREVIAS

Expediente N° 005-2018-GG-GSF/PAS

Previamente al análisis de los argumentos presentados por TELEFÓNICA, es preciso señalar que a través de la carta remitida el 2 de julio de 2020, la empresa operadora indicó que interponía Recurso de Apelación contra la Resolución N° 089-2018-GG/OSIPTEL.

No obstante, teniendo en cuenta que del contenido de la carta remitida el 2 de julio de 2020, se advierte que TELEFÓNICA ha interpuesto Recurso de Apelación ante la denegatoria ficta de su Recurso de Reconsideración, en aplicación del Silencio Administrativo Negativo; en virtud del Principio de Informalismo y la garantía al Derecho de Defensa, el recurso de apelación interpuesto por la empresa operadora será reconducido en función de la referida denegatoria ficta.

Acumulación de Expedientes

El artículo 160 del TUO de la LPAG, faculta a la Administración, sea por iniciativa propia o a instancia de los administrados, a disponer la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden relación.

Sobre el particular, mediante carta N° TDP-2037-AR-ADR-20 TELEFÓNICA señala que en el presente caso se cumplen todas las exigencias de la legislación administrativa para acumular ambos PAS.

Según lo verificado en los PAS tramitados bajo los Expedientes N° 005-2018-GG-GSF/PAS y N° 066-2018-GG-GSF/PAS, se advierte que ambos guardan conexidad entre sí. En atención a ello, corresponde la acumulación del Expediente N° 066-2018-GG-GSF/PAS al Expediente N° 005-2018-GG-GSF/PAS, al cumplirse el presupuesto establecido en el artículo 160 del TUO de la LPAG, y al advertirse que tal decisión no produce indefensión ni perjudica al administrado.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO

A continuación, se analizarán los argumentos de TELEFÓNICA:

5.1. Respecto de la sanción frente a la misma infracción para el mismo periodo de supervisión en dos (2) resoluciones distintas

Con relación a este punto, teniendo en consideración que a través de la presente resolución se ha procedido a la acumulación de los Expedientes N° 005-2018-GG-GSF/PAS y 066-2018-GG-GSF/PAS, la cual además ha sido solicitada por TELEFÓNICA mediante carta N° TDP-2037-AR-ADR-20, recibida el 22 de julio de 2020; carece de objeto pronunciarse respecto a este extremo de los Recursos de Apelación de TELEFÓNICA, sin perjuicio de la reevaluación de la sanción a ser impuesta que correspondería en atención a la acumulación realizada.

5.2. Respecto de la presunta vulneración del Debido Procedimiento y el Deber de Motivación

En relación con lo alegado por TELEFÓNICA, primero es importante resaltar que de la revisión de la Resolución N° 256-2018-GG/OSIPTEL se verifica que la multa impuesta fue determinada luego del análisis de hechos advertidos durante la etapa de supervisión y de la evaluación de los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el TUO de la LPAG, los cuales

⁷ Notificada el 26 de octubre de 2018 mediante carta N° 739-GCC/2018.

⁸ Notificada el 11 de junio 2020.

⁹ Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL

¹⁰ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.

se encuentran debidamente sustentados en argumentos de hecho y de derecho. Por tanto, no se evidencia que la resolución impugnada no esté correctamente motivada en el extremo de sanción determinada.

Ahora bien, aun cuando la Resolución antes indicada consignó, en su parte considerativa, que la Gerencia General hacía suyos el análisis y los fundamentos del Informe N° 117-PIA/2018, con base en lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG, se debe considerar que todo el análisis efectuado en el Informe, esto es, la descripción y análisis de los hechos, las imputaciones y la evaluación legal, así como lo indicado en las conclusiones de dicho documento, corroboran que la sanción recomendada era de ciento cincuenta (150) UIT y que la indicación de un monto distinto solo responde a la ocurrencia de un error material.

Aunado a ello, debe tenerse presente que dicho error mecanográfico no incidió en el pronunciamiento de la Gerencia General que muestra coherencia argumentativa al determinar la multa impuesta.

En este punto vale resaltar que el artículo 210 del TUO de la LPAG establece que los errores materiales como el ocurrido en el presente caso pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión, adoptando las formas y modalidades de comunicación que corresponda para el acto original. Siendo así, queda claro que mediante el Informe N° 076-PIA/2020 se aceptó la ocurrencia de un error inocuo, haciendo referencia a él en un documento de igual naturaleza que el original.

De otro lado, pese a que la graduación de la sanción impuesta y la razonabilidad de la misma serán analizadas posteriormente en el presente documento, es preciso indicar que en el apartado III de la Resolución N° 256-2018-GG/OSIPTEL, la Gerencia General desarrolló cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG y en el RFIS, acotando el análisis de cada uno de ellos a los hechos observados en el presente expediente y dejando de lado la aplicación de agravantes en tanto no se observó ninguno de lo actuado tanto durante la etapa de supervisión como de instrucción.

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

En tal sentido, sin perjuicio de la reevaluación de la sanción en atención a la acumulación realizada, corresponde desestimar los argumentos presentados por la empresa operadora en este extremo.

5.3. Respetto del incumplimiento del artículo 12-A del TUO de las Condiciones de Uso

5.3.1. Respetto a que el análisis no debe referirse a la cantidad de líneas sino a los procedimientos de cuestionamiento de titularidad

En relación al argumento vinculando a la supuesta irrelevancia del número de líneas consignadas en las constancias de cuestionamiento de titularidad evaluadas en el presente PAS, es importante resaltar que la cantidad de líneas móviles cuestionadas sí es relevante más aún si se considera que el análisis que se efectúa para verificar el cumplimiento de la obligación supone observar cada uno de los pasos pero como parte de un conjunto de etapas concatenadas.

Asimismo, vale añadir que la verificación de cumplimiento de todas las obligaciones contenidas en el artículo 12 y 12-A del TUO de las Condiciones de Uso se realiza línea por línea, con lo cual el que la constancia de cuestionamiento de titularidad pueda contener más de un número móvil, solo responde a la practicidad de no utilizar más de un documento para un mismo trámite, pese a

que las obligaciones deban ser cumplidas por cada línea consignada.

En ese sentido, corresponde desestimar este argumento de TELEFÓNICA.

5.3.2. Respetto al presunto incumplimiento del numeral (i) del 12-A

En relación con los argumentos de TELEFÓNICA, primero es importante indicar que coincidimos con la empresa operadora en que la obligación de consignar un código correlativo tiene por objeto que se tenga la posibilidad de que el procedimiento del cuestionamiento de titularidad sea identificable y pueda efectuar el seguimiento al mismo.

No obstante, dicha identificación y seguimiento no está vinculada únicamente a facilitar la labor supervisora sino también – y sobre todo – a la necesidad de garantizar que los usuarios tengan las herramientas suficientes para verificar el estado de su trámite de manera sencilla. Así, dicho uso no es superficial ni puede ser considerado un formalismo, en tanto, de ser el caso, el seguimiento correcto de las solicitudes puede viabilizar la oportuna presentación de reclamos por parte de los usuarios.

En ese sentido, tal como lo ha indicado la Primera Instancia, el cumplimiento de estas obligaciones no deja margen a la discrecionalidad de los administrados, ya que su cumplimiento es obligatorio, con lo cual, el hecho de que la empresa operadora no comparta la importancia del código correlativo en las constancias de cuestionamiento de titularidad, no la exime de responsabilidad por el incumplimiento de dicha obligación.

Por otra parte, en lo correspondiente a la Resolución N° 191-2018-GG/OSIPTEL, se tiene que en dicho procedimiento durante la etapa de supervisión se requirió información a TELEFÓNICA con la finalidad de evaluar los cambios en las fechas de vencimiento de los recibos emitidos de los meses de agosto, setiembre y octubre de 2016. Si bien la Carta N° TP-3070-AR-ASR-16 no contaba con algunos datos relacionados a la identificación de los usuarios vinculados a los recibos requeridos, la información sí contaba con las fechas de vencimiento de los recibos, por tanto, la GSF pudo emplearla para efectuar la supervisión correspondiente, es decir, permitió cumplir la finalidad para la cual fue requerida.

En función de lo señalado, se puede advertir con claridad que las circunstancias del presente PAS difieren del antecedente citado por TELEFÓNICA, dado que en dicho caso el incumplimiento se dio a partir de un requerimiento de la GSF; no obstante, en este caso, el requerimiento se encuentra expresamente establecido en una norma que a su vez, dispone consecuencias jurídicas derivadas ante la verificación de su incumplimiento.

En consecuencia, tomando en cuenta los argumentos planteados, corresponde desestimar lo señalado por TELEFÓNICA en este extremo.

5.3.3. Respetto al presunto incumplimiento del numeral (ii) del 12-A

Respetto de lo alegado por TELEFÓNICA, primero se tiene que el Principio de Ejercicio Legítimo del Poder busca evitar escenarios en los que mediante el ejercicio de la actividad administrativa se busque la satisfacción de un interés privado o una finalidad que si bien es de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la ley al otorgarle sus facultades y potestades.

De otro lado, se debe tomar en cuenta que el exceso de sanción implica un vicio en la finalidad del acto sancionador, configurado por la ausencia de proporcionalidad entre su objeto (el contenido material de la sanción administrativa, de su valoración o de la tipificación realizada) y su finalidad (el propósito que resulta de las normas que habilitan la competencia sancionadora), en relación con la conducta efectivamente incurrida.

Tomando los dos (2) conceptos antes señalados como premisa, se tiene que la tramitación del presente procedimiento y el subsiguiente cálculo de la multa impuesta, no suponen un exceso de punición ni un uso ilegítimo del poder, toda vez que i) el OSIPTEL se encuentra facultado por la Ley N° 27336 para supervisar

e imponer sanciones (cuando corresponda), ii) el inicio de un PAS no implica la conclusión ineludible en la imposición de una sanción por parte de la administración y, iii) tal como se verá más adelante en el presente informe, la graduación de la sanción se fundamentó en criterios normativos y hechos observados durante la etapa de supervisión. Pese a ello, corresponde incidir en que el trámite del presente procedimiento tanto en instrucción como en la Primera Instancia, se llevó a cabo garantizando el debido procedimiento y el derecho de defensa de la empresa operadora.

Ahora bien, en lo correspondiente a la aplicación de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad, se debe señalar que de acuerdo al literal f) del artículo 257 del TUO de la LPAG y el artículo 5 del RFIS, a efectos de aplicar el eximente antes mencionado, deberán concurrir las siguientes circunstancias: (i) el cese de la conducta infractora, (ii) la empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción fue subsanada, (iii) la subsanación debe ser voluntaria y (iv) a subsanación debió haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador.

En ese sentido, de forma previa a analizar los presupuestos establecidos por la normativa vigente para la subsanación voluntaria, es preciso resaltar que en el presente caso la infracción imputada está vinculada al incumplimiento del procedimiento de cuestionamiento de titularidad para determinadas líneas móviles, ello, considerando que la empresa operadora no observó tres (3) obligaciones contenidas en esta secuencia concatenada y unitaria.

Por tanto, considerando que la normativa vigente establece, como primer requisito, que para la aplicación de la subsanación voluntaria es necesario verificar el cese de la conducta infractora, en el caso particular, la empresa operadora debió acreditar el cese en relación al procedimiento de cuestionamiento de titularidad y no solo una parte de este.

En esa misma línea, no es posible afirmar que por el solo hecho haber retirado los datos del presunto abonado de manera extemporánea (demora de 4 a 22 días hábiles), cumple el objetivo de la obligación contenida en el artículo 12-A del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que lo que se busca con dicha disposición es desvincular oportunamente a los presuntos abonados de las líneas cuestionadas en el plazo previsto en el TUO de las Condiciones de Uso, y de esa manera reducir la afectación que se pueda generar a los mismos.

Adicionalmente a lo señalado, conforme se ha verificado en el presente caso, TELEFÓNICA no ha acreditado el cese de su conducta, en cuanto a las obligaciones contenidas en los numerales (i), (ii) y (iii) del artículo 12-A del TUO de las Condiciones de Uso, en el caso de doscientos veintinueve (229), doscientas treinta y un (231) y tres (3) líneas móviles, respectivamente.

Tomando en cuenta ello, al no haberse configurado el cese, no puede efectuarse el análisis de la reversión de los efectos del incumplimiento de cada una de las obligaciones contenidas en el procedimiento de cuestionamiento de titularidad. Sin perjuicio de ello, la empresa no ha presentado medios probatorios que acrediten la reversión de los mismos.

En consecuencia, se considera que no se cumple con los requisitos para la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 255 del TUO de la LPAG y, en ese sentido, quedan desvirtuados los argumentos de la empresa operadora en este extremo.

5.3.4. Respecto al presunto incumplimiento del numeral (iii) del 12-A

Sobre lo alegado por TELEFÓNICA, corresponde incidir en que el objeto final del procedimiento de cuestionamiento de titularidad es el desvincular a los usuarios que lo soliciten, de la titularidad de las líneas móviles respecto de las cuales no aceptaron su contratación, de modo tal que en ningún registro figure que esas líneas no contratadas alguna vez estuvieron bajo la titularidad de aquellos que las cuestionaron. En ese sentido, no es posible admitir el argumento esbozado

por TELEFÓNICA respecto a que la finalidad del tercer párrafo del artículo 12-A del TUO de las Condiciones de Uso, sea simplemente conseguir dar de baja las líneas que no sean de titularidad de los usuarios afectados; pues esta constituye únicamente la última etapa del procedimiento.

De forma adicional, es de gran importancia señalar que, de conformidad con lo consignado en el Anexo 1 del TUO de las Condiciones de Uso, la baja del servicio constituye la terminación definitiva del servicio, como consecuencia de la resolución del contrato por las causales establecidas en dicha norma.

Como se puede observar, del concepto establecido por la normativa vigente, la baja en sí misma supone la aceptación de una contratación válida por parte del abonado, la cual culmina debido a algunas de las causales establecidas en el artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso (para contratos a plazo indeterminados) y adicionalmente, para el caso del servicio móvil bajo la modalidad prepago, a través del procedimiento a que hace referencia el artículo 14 de dicha norma. Sin embargo, ninguna de dichas causales está referida al desconocimiento de la contratación de una línea móvil, dado que a diferencia de aquellas causales, en el caso del desconocimiento de titularidad, el supuesto abonado busca desconocer su calidad de tal desde el momento de la activación del servicio.

De otro lado, es menester señalar que las etapas que componen el procedimiento de cuestionamiento de titularidad constituyen etapas preclusivas que contienen obligaciones que deben ser realizadas en determinado orden y respetando los plazos establecidos para su cumplimiento, toda vez que las mismas tienen como finalidad garantizar que, de existir un tercero que válidamente contrató las líneas móviles cuestionadas, este tenga la oportunidad de regularizar su contratación frente a la empresa operadora y no se vea perjudicado por una baja no solicitada.

Ahora bien, específicamente a la baja por inactividad alegada por la empresa operadora, es preciso indicar que, tal como ha señalado la Primera Instancia, además de no haberse remitido medios probatorios que acrediten que las líneas móviles imputadas se encontraban en procedimiento de baja por inactividad o la fecha en la que esta habría iniciado, lo cierto es que a la fecha en que se efectuó el cuestionamiento las líneas no estaban inactivas. En ese sentido, la empresa debió priorizar los derechos de quien cuestionaba la titularidad y tramitar una solicitud que se sustentaba en su voluntad y en el hecho de que, como resultado del mismo, se iba a generar su desvinculación de titularidad y no únicamente, la baja del servicio.

En consecuencia, tomando en cuenta los argumentos planteados, corresponde desestimar lo señalado por TELEFÓNICA en este extremo.

5.4. Respecto a la presunta vulneración del Principio de Razonabilidad

Sobre lo alegado por TELEFÓNICA, en principio, se debe señalar que el hecho de que la empresa operadora no se encuentre de acuerdo con lo resuelto por la Primera Instancia no significa que esta haya vulnerado el Principio de Razonabilidad.

Ahora bien, en relación con los argumentos de la empresa operadora referidos a la posibilidad de concluir los PAS con el dictado de una medida correctiva, primero es importante señalar que a través de la exposición de motivos de una norma, el legislador explica las razones que motivaron la dación de una norma, o de ser el caso su modificación; lo cual es importante pues sirve de manera orientativa al realizar la interpretación del alcance de la norma.

Teniendo en cuenta ello, se debe señalar que el artículo 23 del RFIS establece que en la tramitación de un PAS iniciado se puede concluir, pese a existir responsabilidad por los hechos, se justifica la imposición de una medida correctiva. En efecto, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTel, a través de la cual se modificó el RFIS y se introdujo dicha disposición, esta medida se aplica a las

infracciones administrativas de reducido beneficio ilícito, cuya probabilidad de detección es elevada, y, en la que no se han presentado factores agravantes; de modo que que multa a ser aplicada es de cuantía considerablemente reducida o nula.

Asimismo, es preciso indicar que, contrariamente a lo argumentado por TELEFÓNICA, el Consejo Directivo del OSIPTEL toma en cuenta lo establecido en la exposición de motivos del RFIS para aplicar la procedencia de la imposición de una medida correctiva para concluir el PAS. A modo de ejemplo, podemos citar la Resolución N° 087-2019-CD/OSIPTEL.

Teniendo en cuenta lo mencionado, en estos casos no se cumplen los requisitos para concluir el PAS con una medida correctiva ya que se detectó un beneficio ilícito considerable a partir de la comisión de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción es baja; a lo cual se debe agregar que la infracción es grave. En esa línea, se considera que no se vulneró el Principio de Razonabilidad, pues el inicio del PAS y la imposición de una multa, resultan proporcionales con la finalidad que se pretende alcanzar, que consiste en que TELEFÓNICA no vuelva a incurrir en la infracción sancionada.

Asimismo, debe resaltarse que no se vulneró lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 255 del TUO de la LPAG¹¹, ya que el inicio de los PAS estuvieron justificados ya que durante la acción de supervisión se detectó el incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 12 y 12-A del TUO de las Condiciones de Uso, el cual no fue cesado incluso hasta la emisión de las resoluciones de Primera Instancia.

De otro lado, se debe precisar que si bien en la Resolución N° 092-2017-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo señaló que con ocasión de la modificación del artículo 23 del RFIS, a través de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL, la Gerencia General debió evaluar si correspondía la imposición de una medida correctiva y dentro de sus fundamentos no menciona lo establecido en la Exposición de Motivos de la citada norma, ello no significa que en dicho caso no se haya considerado lo establecido en la misma.

En consecuencia, no corresponde atender dichos argumentos del Recurso de Apelación.

5.5. Respeto de la graduación de la sanción

Sobre lo alegado por TELEFÓNICA, se advierte que en ambas resoluciones de Primera Instancia, al momento de determinar y graduar la sanción, se analizaron los criterios de graduación establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, no evidenciándose que esta esté basada en suposiciones o datos abstractos o hipotéticos, siendo que el hecho de que la empresa operadora no esté de acuerdo con la graduación de la sanción no le resta valor alguno a la misma.

En cuanto al cuestionamiento al beneficio ilícito, cabe señalar que se aprecia que en ambas resoluciones se indicó que el beneficio ilícito se encuentra representado por los costos evitados por la empresa operadora para cumplir oportunamente las obligaciones previstas en la normativa para atender los procedimientos y cuestionamientos de titularidad incoados por los abonados, lo cual involucra, los costos de contar con personal capacitado para la atención de las solicitudes y realizar el trámite correcto, así como contar con sistemas apropiados y operativos.

Este Consejo Directivo no comparte la opinión de TELEFÓNICA, pues considera que son datos objetivos que han sido el motivo de la comisión de la infracción, pues de haber contado con personal capacitado se hubiera podido dar cumplimiento a la obligación que se encuentra establecida expresamente en el TUO de las Condiciones de Uso y no da margen a interpretación.

En esa línea, si bien el TUO de las Condiciones de Uso no establece un supuesto en el que simultáneamente se estén tramitando los procedimientos de cuestionamiento de titularidad (artículo 12-A) y de baja de servicio (artículo 14) es lógico que la empresa operadora debe dar trámite preferentemente al primer procedimiento ya que es solicitado por el mismo abonado y tiene un plazo de duración de menor tiempo, con lo cual se

cumple la finalidad de que: i) se atienda oportunamente el cuestionamiento de un servicio público móvil de modo tal que no se generen mayores afectaciones al presunto abonado quien podría verse responsabilizado por el uso ilícito de una determinada línea móvil y ii) se concrete la regularización de la titularidad de la línea cuestionada.

Teniendo en cuenta lo mencionado, se desestima el argumento de que este criterio de graduación no se encuentra debidamente motivado. Por tanto no ha habido vulneración del Principio de Verdad Material ya que estas estimaciones para determinar el costo evitado han sido efectuadas por la Administración.

En relación con la Resolución N° 060-2018-CD/OSIPTEL, alegada por TELEFÓNICA, se debe indicar que en dicho caso se estableció que no obraba en el expediente información suficiente que permita determinar la magnitud del beneficio ilícito obtenido por la comisión de la infracción respecto de aquellos aspectos evaluados por la primera instancia, a diferencia de los casos materia del presente PAS, en el cual la Primera Instancia sí se contaba con datos objetivos para calcular este criterio de graduación.

Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar estos argumentos del Recurso de Reconsideración.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, atendiendo a las circunstancias bajo las cuales se ha determinado la acumulación de los Expedientes N° 005-2018-GG-GSF/PAS y N° 066-2018-GG-GSF/PAS, corresponde imponer una única multa, cuya determinación se desarrollará en el apartado siguiente.

5.6. Respeto de la imposición de multas menores para procedimientos similares

Con relación a los argumentos de TELEFÓNICA, se debe indicar que como es de conocimiento de la empresa operadora, de acuerdo lo establecido en la Ley N° 27336, Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL, las infracciones graves son sancionadas con una multa que oscila en el rango de 51 UIT a 150 UIT.

En ese sentido, es pertinente indicar que cada PAS es evaluado de manera independiente, en atención a las particularidades que presenta, por esta razón, la sanción por mismo incumplimiento no siempre será sancionada con la misma multa, lo cual no supone por sí mismo una vulneración del principio de razonabilidad y de imparcialidad.

No obstante, tal como hemos señalado anteriormente, atendiendo a las circunstancias bajo las cuales se ha determinado la acumulación de los Expedientes N° 005-2018-GG-GSF/PAS y N° 066-2018-GG-GSF/PAS, corresponde imponer una única multa. En tal sentido, se ha procedido a realizar el recálculo del monto de la sanción que correspondería, utilizando para tal efecto la metodología detallada en el "Manual Técnico para la aplicación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores del OSIPTEL". Sin embargo, en atención a la *non reformatio in peius* se está manteniendo la probabilidad de detección como baja y no como la que señala el referido manual.

En atención a dicho recálculo, corresponde aplicar a TELEFÓNICA una única multa ascendente a (150) UIT.

Sin perjuicio de lo señalado, a continuación se evaluarán los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA, a fin de determinar si se trata de casos similares al analizado y por ende, en atención al Principio de Predictibilidad deben ser aplicados como antecedentes en este caso. Así, TELEFÓNICA ha invocado las Resoluciones N° 267-2017-GG/OSIPTEL, N° 57-2018-

¹¹ "TUO DE LA LPAG

Artículo 255.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: (...)

2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación."

CD/OSIPTTEL, N° 52-2018-CD/OSIPTTEL, N° 268-2018-CD/OSIPTTEL y N° 98-2019-CD/OSIPTTEL.

Ahora bien, se debe indicar que las infracciones involucradas son distintas entre dichas resoluciones. Con relación a ello, se debe tener en cuenta que a diferencia de lo que se advierte en las resoluciones alegadas por TELEFÓNICA, en las resoluciones de Primera Instancia del presente PAS se ha advertido el incumplimiento de no haber realizado el retiro de los datos personales del presunto abonado del registro de abonados dentro del plazo máximo de dos días hábiles, en un número considerable (585 líneas en total¹²), situación que es especialmente grave, dado que cada día en que sus datos permanecen vinculados a servicios cuestionados, son susceptibles de verse involucrados en procesos por la comisión de actos ilícitos efectuados mediante las líneas cuestionadas.

Por tanto, la multa impuesta en el presente Expediente acumulado resulta más grave que aquellas impuestas en las resoluciones alegadas por TELEFÓNICA, en base a dichas particularidades.

Por tanto, corresponde imponer a la empresa una única sanción de ciento cincuenta (150) UIT, por el incumplimiento de los artículos 12 y 12-A del TUO de las Condiciones de Uso, infracción tipificada como grave en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso.

En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto, el análisis y conclusiones contenidos en el Informe N° 131-GAL/2020, que esta instancia hace suyos, corresponde declarar fundado en parte el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA.

VI. SOLICITUD DE INFORME ORAL

Respecto a la solicitud de informe oral ante el Consejo Directivo, formulada por la empresa operadora, 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.

En la misma línea opina Morón tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional¹³ concluyendo que el derecho a exponer alegatos oralmente no es absoluto, sino que la autoridad puede decidir denegar dicho derecho cuando existan razones objetivas y debidamente motivadas¹⁴.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo¹⁵, bajo el siguiente fundamento:

“En el caso de autos se aduce una presunta afectación al derecho de defensa, sustentada en que supuestamente la Sala Superior emplazada habría resuelto el recurso sin dar oportunidad de que se lleve a cabo el informe oral del actor. El Tribunal en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio al derecho de defensa la imposibilidad del informe oral. Que en el caso de autos el mismo escrito de apelación de la resolución que denegó la variación del mandato de detención expresaba los argumentos que sustentan su pretensión, por lo que no se advierte la afectación al derecho constitucional invocado.”

Un procedimiento administrativo sancionador, es eminentemente escrito. Por tal motivo, todo administrado, en el transcurso de dicho procedimiento, tiene expedita la oportunidad de presentar descargos, recursos y alegatos 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 por el administrado, 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.

Así, en el presente caso, este Consejo Directivo ha contado con todos los elementos necesarios para analizar el presente PAS. Por tanto, no corresponde otorgar el informe oral solicitado por TELEFÓNICA.

VII. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

Al ratificar este Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA con una (1) multa por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, corresponde la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- ACUMULAR el procedimiento administrativo sancionador seguido en el Expediente N° 066-2018-GG-GSF/PAS al Expediente N° 005-2018-GG-GSF/PAS.

Artículo 2°.- Declarar FUNDADO EN PARTE los Recursos de Apelación interpuestos por TELEFÓNICA, contra la Resolución N° 114-2020-GG/OSIPTTEL y contra la denegatoria ficta del Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 089-2018-GG/OSIPTTEL, y en consecuencia:

(i) Sancionar a TELEFÓNICA con una única MULTA de ciento cincuenta (150) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso y sus modificatorias, por el incumplimiento de los artículos 12 y 12-A del mismo cuerpo normativo.

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

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

(i) La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 131-GAL/2020 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° 131-GAL/2020, la Resolución N° 089-2020-GG/OSIPTTEL, la Resolución N° 256-2018-GG/OSIPTTEL y la Resolución N° 114-2020-GG/OSIPTTEL en el portal web institucional del OSIPTTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

¹² Cabe señalar que en el Informe N° 131-GAL/2020 por error se consignaron solo 560 líneas bajo esta casuística.

¹³ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA.

¹⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

¹⁵ Cfr. Expediente N° 00137- 2011-HC/TC. Dicho criterio se reitera en otros casos, como los Expedientes N° 01307-2012-PHC/TC, STC N° 05510-2011-PHC/TC, N° 00137- 2011-HC/TC.