



Declaran infundado Recurso de Reconsideración presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 00336-2023-GG/OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 00376-2023-GG/OSIPTEL

Lima, 6 de noviembre de 2023

EXPEDIENTE N°	:	00018-2023-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO: El Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA)** con fecha 13 de octubre de 2023, contra la Resolución de Gerencia General N° 00336-2023-GG/OSIPTEL (**RESOLUCIÓN 336**).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Informe de Fiscalización N° 00049-DFI/SDF/2023, de fecha 10 de febrero de 2023 (**Informe de Supervisión**), la DFI en el marco de Expediente N° 00064-2022-DFI (**Expediente de Fiscalización**) emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 63 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso)¹, el artículo 7 de las Normas Especiales para la prestación del servicio de acceso a Internet Fijo (en lo sucesivo, Normas Especiales)² y, en el artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante, RGIS)³ por parte de TELEFÓNICA, cuyas conclusiones y recomendaciones fueron las siguientes:

“V. CONCLUSIONES

51. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5, Régimen de Infracciones y Sanciones, del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que habría incumplido lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 63° del referido cuerpo normativo, al no haber hecho efectiva la migración a partir del ciclo de facturación inmediato posterior de aceptada la solicitud, según el siguiente detalle:

- En 1 782 396 solicitudes de migración, TELEFÓNICA no habría cumplido con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 63° del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto no habría ejecutado las migraciones en el plazo establecido en el referido artículo.

52. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 9° del Régimen de infracciones y Sanciones de la Resolución de Consejo Directivo N° 138- 2020-CD/OSIPTEL, siendo que no cumplió con lo dispuesto en el artículo 7° de las Normas Especiales según el siguiente detalle:

- En 113 218 solicitudes de migración, TELEFÓNICA no habría cumplido con lo dispuesto en numeral (ii) del artículo 7° de las Normas Especiales, por cuanto no habría ejecutado las migraciones dentro del plazo establecido en el referido artículo.

53. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incurrido en la infracción administrativa conforme lo señala el literal a. del artículo 7° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, toda vez que no entregó la información requerida dentro del plazo establecido, con carácter obligatorio y dentro del plazo perentorio,

mediante la carta N° 00888-DFI/2022, la misma que fue ampliada en plazos mediante la carta N° 01015-DFI/2022, notificada el 5 de mayo de 2022, estableciendo como fecha de vencimiento el 31 de mayo del 2022, asimismo, cabe precisar que remitió información incompleta de forma extemporánea a través de sus cartas N° TDP-2264-AG-GER-22 y TDP-2328- AG-GER-22, conforme a lo desarrollado en el numeral 4.3 del presente Informe.

VI. RECOMENDACIONES

54. Se recomienda el inicio de un **Procedimiento Administrativo Sancionador** a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., toda vez que habría incumplido lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 63° del TUO de las Condiciones de Uso, conforme a lo detallado en las secciones 3.3.1 y 4.1 del presente informe.

55. Se recomienda el inicio de un **Procedimiento Administrativo Sancionador** a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., toda vez que habría incumplido lo dispuesto en el artículo 7° de las Normas Especiales, conforme a lo detallado en las secciones 3.3.2 y 4.2 del presente informe.

56. Se recomienda el inicio de un **Procedimiento Administrativo Sancionador** a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., por cuanto habría incurrido en la infracción tipificada en el literal a. del artículo 7° del Reglamento General de Fiscalización, Infracciones y Sanciones OSIPTEL y sus modificatorias, conforme lo desarrollado en las secciones 3.3.3 y 4.3 del presente Informe

2. La DFI mediante la carta C.00469-DFI/2023 notificada el 21 de febrero de 2023, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS); habiéndole otorgado un plazo de diez (10) días hábiles para la remisión de sus descargos con relación a la imputación efectuada.

3. Mediante la carta N° TDP-0830-AG-ADR-23, presentada el 22 de febrero de 2023, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de veinte (20) días hábiles adicionales a los inicialmente otorgados, a fin de presentar sus descargos. Al respecto, la DFI mediante carta N° C.00547-DFI/2023 notificada el 1 de marzo de 2023, le otorgó a la referida empresa una prórroga de diez (10) días hábiles, cuyo plazo venció el 21 de marzo de 2023.

4. Por medio de la carta N° TDP-1690-AG-ADR-23, presentada el 19 de abril de 2023, TELEFÓNICA presentó sus descargos con relación a la imputación de cargos (**Descargos 1**) y solicitó que se le conceda una audiencia de informe oral, la cual fue denegada mediante carta N° C.01279-DFI/2023 notificada el 12 de mayo de 2023.

5. Con fecha 2 de junio de 2023, la DFI remitió el Informe N° 00107-DFI/2023 (**Informe Final de Instrucción**) a la Gerencia General; el mismo que fue puesto en conocimiento de TELEFÓNICA con carta C.00368-GG/2023, notificada el 14 de junio de 2023 a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.

6. TELEFÓNICA mediante carta TDP-2970-AR-ADR-23 recibida el 7 de julio de 2023, presentó sus Descargos con relación al Informe Final de Instrucción (**Descargos 2**), mediante la cual además solicitó una audiencia de informe oral a fin de exponer y sustentar sus fundamentos y complementar los mismos, lo cual fue denegado por esta Gerencia por medio de la carta N° 00535-GG/2023 notificada el 7 de septiembre de 2023.

7. Mediante la RESOLUCIÓN 336, notificada el 22 de setiembre de 2023, la Gerencia General resolvió, entre otros, lo siguiente:

“
(...)

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** con una **MULTA de 50 UIT**, por la comisión de la infracción leve tipificada en artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012- CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por haber incumplido con lo estipulado en el tercer párrafo del

artículo 63 del referido cuerpo normativo; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- SANCIONAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una MULTA de 150 UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9 Normas Especiales para la prestación del servicio de acceso a Internet Fijo, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 138-2020-CD/OSIPTTEL, por haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 7 de la referida norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°.- SANCIONAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una MULTA de 126,2 UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias, calificada por el OSIPTTEL como grave, al haber incumplido el literal a) del mismo artículo, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

(...)"

8. TELEFÓNICA mediante la carta TDP-4297-AR-ADR-23, recibida el 13 de octubre de 2023, interpuso Recurso de Reconsideración contra la RESOLUCIÓN 336, solicitando además se le conceda una audiencia de informe oral.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 218.2 del artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (TUO de la LPAG)⁴, el plazo para interponer el Recurso de Reconsideración es de quince (15) días hábiles perentorios, contados desde el día siguiente de la notificación del acto impugnado.

Sobre el particular, de la revisión del Recurso de Reconsideración, se verifica que este fue interpuesto el 13 de octubre de 2023; es decir, dentro del plazo legal establecido, por lo que se cumple con dicho requisito de procedibilidad.

III. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Conforme a lo señalado en el artículo 219 del TUO de la LPAG, el Recurso de Reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y debe sustentarse en nueva prueba. De este modo, la norma exige la presentación de nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado, mientras que la impugnación cuyo sustento sea una diferente interpretación de las pruebas o cuestiones de puro derecho corresponde a un recurso de apelación.

En esa línea, Juan Carlos Morón Urbina señala lo siguiente:

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

En la misma línea, el Consejo Directivo del OSIPTTEL, en su Resolución N° 151- 2018-CD/OSIPTTEL⁶, señala que, dada la naturaleza del Recurso de Reconsideración, no corresponde que la misma autoridad se pronuncie sobre las cuestiones de puro derecho planteadas por los administrados, ni sobre cuestiones que no se encuentren vinculadas con la presentación de la nueva prueba. En dicho pronunciamiento, el referido órgano colegiado

validó que la Gerencia General no se haya pronunciado respecto a los fundamentos de derecho contenidos en el Recurso de Reconsideración presentado, sino únicamente respecto a aquellos vinculados con la nueva prueba ofrecida; sin que ello signifique que la resolución impugnada no haya estado debidamente motivada.

Por consiguiente, a efecto de analizar los argumentos expresados por la administrada en su Recurso de Reconsideración, tiene que verificarse que cada uno de estos esté acompañado de nueva prueba que justifique la revisión de la decisión emitida; caso contrario, el respectivo argumento no podrá ser evaluado por el órgano de Primera Instancia, sin perjuicio del derecho del administrado de formular los cuestionamientos que estime pertinentes mediante el Recurso de Apelación.

Ahora bien, cabe precisar que, no todo documento ofrecido por el administrado como nueva prueba realmente reviste de tal condición. Sobre el particular, el Consejo Directivo ha señalado lo siguiente en la Resolución N° 053-2022- CD/OSIPTTEL⁷:

"En efecto, conforme a lo indicado, el recurso de reconsideración está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente; y por tanto, no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan cuestionar argumentos sobre los hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la autoridad, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento⁸.

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

A mayor abundamiento, corresponde referir que dicha posición ha sido plasmada en el precedente de observancia obligatoria aprobado por el Consejo Directivo en la Resolución N° 169-2022-CD/OSIPTTEL del 5 de octubre de 2022, emitida en el Expediente N° 0096-2021-GG-DFI/PAS⁹.

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

En consecuencia, resulta necesario que la "nueva" información proporcionada por el administrado se sustente en una nueva fuente de prueba, la cual debe tener una expresión material para que pueda ser valorada por esta Instancia.

De otro lado, es preciso atender lo dispuesto por el artículo 11 del TUO de la LPAG, el cual señala que: *"Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley"*. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que todo pedido de nulidad debe ser encontrado debidamente sustentado y sobre la base de hechos nuevos que no han sido alegados y evaluados anteriormente en el PAS.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en su Recurso de Reconsideración, TELEFÓNICA solicita la NULIDAD de la Resolución Impugnada y que se revoque la sanción impuesta en la RESOLUCIÓN 336, para lo cual argumenta lo siguiente:

1. La autoridad debe pronunciarse sobre el íntegro de los fundamentos de su Recurso, estén o no respaldados

de nueva prueba, en tanto solicita la nulidad de la Resolución Impugnada. Para tal efecto, adjunta en calidad de “nueva prueba” los siguientes documentos:

- La Resolución N° 200-2017-GG/OSIPTTEL (**Anexo 1**), en la cual la Gerencia General señaló que amerita pronunciamiento en sede de reconsideración no solo los argumentos respaldados por nueva prueba, sino para aquellos argumentos que sustentan un pedido de nulidad.

- El Informe N° 111-PIA/2017 (**Anexo 2**), en el cual se establece que en vía de reconsideración cabe pronunciarse sobre los petitorios de nulidad, sin importar que estén acreditadas en nuevas pruebas.

- El Informe N° 113-PIA/2017 (**Anexo 3**), mediante el cual se admitió como nueva prueba el Expediente N° 5539-2014 de la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso - Administrativo del Poder Judicial, la misma que adjunta a efectos de demostrar que el análisis del juicio de adecuación respecto del inicio del PAS, realizado en la RESOLUCIÓN 336, no es acorde con los Principios de Razonabilidad y Motivación.

2. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, al no haberse explorado alternativas menos gravosas e igual de satisfactorias que la imposición de una multa administrativa. Al respecto, adjunta en calidad de “nueva prueba” los siguientes documentos:

- La Resolución N° 092-2017-CD/OSIPTTEL (**Anexo 4**), en la cual el Consejo Directivo revocó la multa impuesta debido a que no se analizó la posibilidad de imponer una medida menos gravosa.

- La Resolución N° 047-2018-CD/OSIPTTEL (**Anexo 5**), mediante la cual el Consejo Directivo revocó cinco (5) multas graves en el marco de la evaluación de la aplicación al Principio de Razonabilidad, pues debió haberse evaluado la posibilidad de imponer una medida correctiva.

3. El OSIPTTEL debe graduar la sanción en virtud de Principio de Razonabilidad, ya que la Gerencia General no ha logrado sustentar de manera adecuada los criterios para la imposición de las sanciones, tales como:

a. El beneficio ilícito resultante y la probabilidad de detección, para el caso de las infracciones tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso y el artículo 9 de las Normas Especiales. Al respecto, adjunta, en calidad de “nueva prueba”, las Cartas TDP-3337-AG-GER-22 (**Anexo 6**), TDP-2776-AG-GER-22 (**Anexo 7**), TDP-2291-AG-GER-22 (**Anexo 8**) y TDP-1411-AG-GER-22 (**Anexo 9**), mediante los cuales TELEFÓNICA informa a la Dirección de Atención y Protección al Usuario, supuestas mejoras e indisponibilidad en el sistema comercial +Simple; y, un archivo PDF denominado “Capacitación 30-05-2023” (**Anexo 10**).

b. La existencia de intencionalidad, en el caso de la infracción tipificada en el artículo 7 del RGIS. Al respecto, no adjunta ninguna nueva prueba.

Considerando lo señalado, resulta necesario que la nueva información proporcionada por TELEFÓNICA se sustente en nueva prueba, la cual debe tener una expresión material para que pueda ser valorada por esta Instancia.

Respecto de lo indicado en el numeral 1, debe tenerse en cuenta que todo pedido de nulidad debe encontrarse debidamente sustentado, teniendo en consideración hechos nuevos que no han sido alegados y evaluados en el marco del PAS. Sobre el particular, se aprecia que TELEFÓNICA en su Recurso sólo ha invocado la nulidad sin precisar cuál sería el vicio que la acarrearía o el bien jurídico vulnerado; ni ha presentado hechos nuevos que lo sustenten; con lo cual, debe desestimarse dicha alegación y en tal contexto, no corresponde la evaluación de la información presentada como nueva prueba en los **Anexos 1 y 2**, puesto que tales medios probatorios

únicamente aluden a argumentos jurídicos sobre el deber de la Administración de pronunciarse sobre las solicitudes de nulidad planteadas por los administrados.

Por otro lado, TELEFÓNICA señala que, de acuerdo al **Anexo 3**, la Gerencia General ha valorado como admisible la jurisprudencia constitucional. Al respecto, corresponde mencionar que, a la luz del precedente vinculante citado en los párrafos precedentes, cuya emisión es posterior al mencionado Informe N° 113-PIA/2017, es posible colegir que este último no constituiría nueva prueba, al tratarse de un documento que no aporta elementos concretos que se relacionen con el inicio del PAS o la sanción que se impugna.

Sin perjuicio de ello, a criterio de esta Instancia, la RESOLUCIÓN 336 se encuentra debidamente motivada, acorde a lo previsto en los artículos 3 y 6 del TUO de la LPAG, puesto que, se ha cumplido con exponer los hechos que sustentaron la imputación de la infracción cuya comisión se atribuye a TELEFÓNICA, así como la fundamentación jurídica pertinente que justifica el inicio del presente procedimiento, y la determinación de la respectiva sanción.

Respecto de lo indicado en el numeral 2, TELEFÓNICA manifiesta que el Principio de Razonabilidad constituye un postulado que racionaliza la actividad sancionadora de la Administración, a efectos de evitar que la autoridad administrativa desborde su actuación represiva. Agrega que, a razón de ello, las decisiones que la autoridad adopte deberán ser llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible. En ese sentido, la empresa operadora presenta como nuevas pruebas dos (2) Resoluciones de Consejo Directivo mediante las cuales se resolvió revocar las multas impuestas, dado que, en dichos casos, no se analizó la posibilidad de imponer medidas menos gravosas o no se verificó el Principio de Razonabilidad (**Anexos 4 y 5**).

En cuanto a la Resolución N° 092-2017-CD/OSIPTTEL¹⁰ (**Anexo 4**), se puede verificar que el Consejo Directivo revocó la sanción impuesta a TELEFÓNICA, a pesar de incumplir con la obligación de garantizar la continuación del servicio prestado, al considerar que una medida correctiva, en determinados casos, puede ser efectiva al igual que una sanción.

Sobre la Resolución N° 047-2018-CD/OSIPTTEL¹¹ (**Anexo 5**), se advierte que el Consejo Directivo revocó las multas impuestas a Viettel Perú S.A.C., por la falta de entrega de información completa en los formatos del Reporte de Información Anual (RIA)¹², considerando que: 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 largadistancia e internet.

Siendo así, se advierte que los alegatos y las pruebas presentadas por la referida empresa mediante los **Anexos 4 y 5** abordan cuestiones de puro derecho, concretizadas en la comparación de casos que no resultan idénticos o similares al evaluado en el presente PAS. Asimismo, debe considerarse que de la revisión de la RESOLUCIÓN 336 se verifica que esta Instancia analizó el Principio de Razonabilidad en el acápite 1.2., concluyéndose que no correspondía la aplicación de alternativas menos gravosas.

En consecuencia, dichos Anexos no pueden considerarse como nuevas pruebas que contengan nueva información o hechos nuevos que deban ser revisados necesariamente por esta Instancia, puesto que, no se relacionan con los hechos analizados en el presente caso.

Bajo las consideraciones expuestas, esta Instancia no podría pronunciarse sobre ninguno de los argumentos antes indicados, planteados por TELEFÓNICA en su Recurso de Reconsideración, en la medida que las “nuevas pruebas” presentadas (**Anexos 4 y 5**), versan sobre cuestiones de pleno derecho o no guardan relación con lo desarrollado en el presente PAS.

En cuanto al argumento señalado en el numeral 3, se puede verificar que TELEFÓNICA ha alegado hechos nuevos, respecto a supuestas mejoras realizadas en su sistema +Simple. De acuerdo con ello, se considera que

corresponde calificar como nueva prueba los **Anexos 6, 7, 8, 9 y 10**.

En consecuencia, esta Instancia emitirá pronunciamiento sobre los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en el numeral 3 al encontrarse debidamente respaldados en los Anexos 6, 7, 8, 9 y 10.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

4.1. Sobre la incorrecta graduación de las sanciones impuestas. -

TELEFÓNICA señala que la graduación de la sanción en virtud del artículo 17 del RGIS constituye una obligación para el Regulador, sin embargo, el análisis efectuado por la Gerencia General en la Resolución impugnada, no ha logrado sustentar de manera adecuada los criterios para la imposición de la sanción recomendada.

Respecto a las infracciones tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso y el artículo 9 de las Normas Especiales, cuestiona el beneficio ilícito considerado en la Resolución Impugnada, ya que su representada realizaría mantenimientos y mejoras en sus sistemas de manera constante a fin de potenciar la atención a los usuarios y cumplir con la normativa vigente relacionada a temáticas de usuarios, las mismas que son informadas al OSIPTEL de manera constante, conforme acreditaría con los **Anexos 6, 7, 8 y 9** presentados en su Recurso.

Asimismo, manifiesta que viene implementando mejoras y capacitaciones constantes para el personal que brinda atención a sus usuarios, siendo la directriz de sus asesores revisar el material de soporte elaborado por su representada para brindar una respuesta adecuada y conforme a la regulación.

Así, elabora planes de capacitación y/o refuerzos seguidos respecto a la normativa de usuarios, como por ejemplo la capacitación efectuada a su personal el 30 de mayo de 2023 (**Anexo 10**), sobre el trámite de la migración, dada su importancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita se considere que su representada si habría desplegado esfuerzos importantes para el despliegue de la información correcta y, mantendría sus sistemas en permanente actualización y mejora, no siendo correcto que se han generado costos evitados e ingresos ilícitos.

De otro lado, en cuanto a probabilidad de detección de la infracción, TELEFÓNICA manifiesta que, la probabilidad de detección de la presunta infracción debe de calificarse como muy alta y no alta, debido a que el OSIPTEL realiza supervisiones periódicas para verificar el cumplimiento de la obligación imputada. Además, indica que la disponibilidad de la información es amplia, en tanto el OSIPTEL tiene acceso a la información de las transacciones de bajas y migraciones en cumplimiento con el Sistema de Monitoreo de Bajas y Migraciones implementado y también cuenta con canales de información directos con los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Respecto a la infracción tipificada en el artículo 7 del RGIS, TELEFÓNICA cuestiona el criterio de existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, alegando que, en la Resolución impugnada no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción evaluada; ya que la empresa ha dirigido todos sus esfuerzos a cumplir con las normas imputadas, siendo que el incumplimiento no se ha producido por un actuar doloso o culposo de la administrada.

Por todo lo indicado solicita el archivo del PAS, en tanto la valoración de los criterios de graduación es incompleto, deficiente y vulnera el Principio de Presunción de Licitud.

En atención a los argumentos esbozados por TELEFÓNICA en su Recurso de Reconsideración, corresponde a esta Instancia emitir pronunciamiento respecto a los criterios de graduación analizados y que cuenta con nueva prueba como sustento.

Respecto a sus cuestionamientos al beneficio ilícito resultante, es importante mencionar que el periodo evaluado y sancionado en la Resolución impugnada comprende las solicitudes de migración formuladas y no ejecutadas, entre el 1 de octubre de 2021 y el 31 de marzo de 2022.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha verificado que las comunicaciones presentadas como nueva prueba (**Anexos 6, 7 y 8**), solo reflejan los supuestos trabajos de mejora comunicados a la DAPU después del periodo supervisado materia de sanción mediante la Resolución Impugnada, toda vez que habrían sido realizadas del 3 al 4 de septiembre de 2022, del 16 al 17 de julio de 2022, y del 28 al 29 de mayo de 2022. Lo mismo sucede con la prueba presentada como **Anexo 10**, toda vez que la capacitación se habría llevado a cabo después del periodo evaluado. Por lo tanto, tales anexos no resultan idóneos a efectos de desvirtuar las infracciones imputadas.

Por otra parte, respecto de la prueba presentada como **Anexo 9** se verifica que si bien las supuestas mejoras se habrían realizado el 26 y 27 de marzo de 2022, esto es dentro de la última semana del periodo sancionado, sin embargo, ello no es suficiente y necesario para acreditar las supuestas mejoras efectuadas a su sistema + Simple, más aun si las mismas no demuestran haber tenido incidencia en el periodo de evaluación, en tanto hubo incumplimientos después de las supuestas mejoras implementadas. Además, es importante señalar que el sistema comercial +Simple, no es un sistema exclusivo del proceso de migración, sino que mediante dicha plataforma se unificó la gestión de todos los aspectos que impactan al cliente, como la contratación de servicios, compra de equipos, entre otros¹³.

En cuanto a sus cuestionamientos sobre la probabilidad de detección considerada para las infracciones tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso y el artículo 9 de las Normas Especiales, debe precisarse que la misma no puede ser calificada como muy alta, toda vez que la disponibilidad de información para la identificación de dichas infracciones no es amplia como refiere la administrada, ya que el Sistema de Monitoreo de Bajas y Migraciones, en su primera etapa recién entró en vigencia en mayo de 2022, respecto a la información correspondiente a las bajas y migraciones solicitadas por decisión del abonado, esto es poco antes de finalizar el periodo supervisado que comprende desde enero de 2021 a marzo de 2022 y; a partir de agosto de 2022, respecto al total de bajas y migraciones solicitadas por los abonados y ejecutadas por la empresa operadora¹⁴.

En ese sentido, tal como se puede apreciar de los actuados de Fiscalización, no se utilizó dicho sistema como insumo para advertir las infracciones sancionadas, en tanto tal sistema aún estaba en implementación. Además, en la Resolución Impugnada se ha precisado que la probabilidad de detección de las infracciones tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso y artículo 9 de las Normas Especiales es alta, en tanto impactan de forma directa a los abonados y es observable por los mismos, siendo que dichos abonados afectados pueden informar al OSIPTEL vía denuncia; así como, es posible verificarse con la información remitida por la empresa operadora.

Sobre sus cuestionamientos a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, cabe indicar que la empresa no ha presentado nueva prueba sobre el particular en su recurso. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que tal como indica la administrada, en la Resolución Impugnada se precisó que no se evidenció la misma. No obstante, dicho criterio no ha sido considerado en la graduación de la sanción impuesta para la infracción tipificada en el artículo 7 del RGIS.

En consecuencia, conforme a lo desarrollado en los párrafos precedentes, la valoración de los criterios de graduación de las sanciones impuestas se encuentra conforme al Principio de Razonabilidad y no vulnera el Principio de Presunción de Licitud. Por tanto, corresponde desestimar los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA en su Recurso (**Anexos 6, 7, 8, 9 y 10**) por el incumplimiento de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso, el artículo 7 de las Normas Especiales y el literal a del artículo 7 del RGIS.

4.2. Sobre su solicitud de informe oral. -

A través de su Recurso, TELEFÓNICA solicita se le conceda una audiencia de informe oral a efectos de exponer y sustentar los fundamentos de su posición y complementar los mismos.

Al respecto, 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 Constitucional¹⁵ 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 motivadas¹⁶.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo¹⁷, 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.”
(Subrayado agregado)

De esta manera debe considerarse que 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.

En esa misma línea, el numeral (v) del artículo 22 del RGIS¹⁸ establece que los Órganos de Resolución pueden conceder informe oral al administrado que lo solicite; salvo que consideren que cuentan con elementos suficientes para pronunciarse sobre la base de la información que obra en el respectivo expediente.

Considerando lo señalado, 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 Reconsideración, la necesidad del informe oral para resolver, entre otros criterios.

Ahora bien, en el presente caso, se advierte que, los argumentos planteados por TELEFÓNICA en su impugnación –principalmente de derecho–, así como el resto de actuados del expediente del PAS, constituyen elementos de juicio suficientes para que esta Instancia resuelva el Recurso de Reconsideración; es decir, dicha documentación genera la convicción necesaria para pronunciarse sobre el mismo.

POR LO EXPUESTO, de conformidad con el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Desestimar la solicitud de nulidad planteada por la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** en su Recurso de Reconsideración, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Artículo 2.- Denegar la solicitud de informe oral solicitado por la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** en su Recurso de Reconsideración, de acuerdo a los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Artículo 3.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración presentado por la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** contra la Resolución de Gerencia General N° 00336-2023-GG/OSIPTEL y, en consecuencia, **CONFIRMAR** en todos sus extremos, de

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

Artículo 4.- Notificar la presente Resolución a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**

Regístrese y comuníquese.

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
Gerente General

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias. Norma vigente a la fecha de comisión de los hechos imputados.

² Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2020-CD/OSIPTEL.

³ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias. Dicha denominación está acorde a lo dispuesto en el artículo segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL.

⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444”, Gaceta Jurídica, 14va Edición, Lima, 2019, Tomo II, Pág. 216.

⁶ La misma que se encuentra publicada en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/3owh3sq3/res151-2018-cd.pdf>

⁷ La misma que se encuentra publicada en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/wobjs2ae/resol053-2022-cd.pdf>

⁸ Autoridad Nacional del Agua - ANA, al citar un pronunciamiento del Tribunal Nacional de Resoluciones de Controversias Hídricas, señala que “*No resulta idónea como Nueva Prueba la presentación de una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, así como tampoco la presentación de documentos originales que ya obraban copia simple en el expediente, entre otros; por tanto, el recurso de reconsideración no es una vía para efectuar un reexamen de los argumentos y pruebas presentadas por el administrado, sino que está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente*”.

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

Ver información en el link: <https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/RD%20472-2021.pdf>

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA señala que “*no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan presentar nuevos argumentos sobre los hechos materia de controversia evaluados anteriormente, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con la aplicación del derecho*”. RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1226-2018-OEFA/DAI.

⁹ En la cual se establece lo siguiente: “Los documentos presentados como nueva prueba que, en realidad, no tengan por objeto desvirtuar lo resuelto por la Primera Instancia respecto a los hechos y fundamentos jurídicos que condujeron a adoptar la decisión impugnada, sino que se trata, por ejemplo, de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad; no deberán ser considerados como nuevas pruebas y, en consecuencia, las alegaciones respaldadas en estas no podrán ser evaluadas con motivo del Recurso de Reconsideración. No obstante, la referida Instancia deberá encauzar el escrito para pronunciamiento de la Segunda Instancia, en tanto un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un recurso de apelación”.

¹⁰ Seguido en el Expediente N° 067-2016-GG-GFS/PAS, en donde se sancionó a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento sobre Disponibilidad Rural, al haber incumplido el artículo 10 y 18 del referido reglamento.

¹¹ Seguido en el Expediente N° 0024-2016-GG-GFS/PAS, en donde se sancionó a VIETTEL PERÚ S.A.C. por el incumplimiento de lo establecido en el literal b) artículo 7 del entonces vigente RFIS.

¹² Conducta tipificada como infracción grave en el artículo 7 del RFIS.

¹³ Ver Nota de Prensa de fecha 31 de enero de 2023. Disponible en: [file:///C:/Users/svelasquez/Downloads/230131-NP-Transformacion-digital-Mas-del-98_-de-transacciones-de-clientes-de-Movistar-se-realizan-en-el-primer-contacto%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/svelasquez/Downloads/230131-NP-Transformacion-digital-Mas-del-98_-de-transacciones-de-clientes-de-Movistar-se-realizan-en-el-primer-contacto%20(1).pdf)

¹⁴ De acuerdo a lo dispuesto en la RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00016-2022-CD/OSIPTEL que amplía implementación del sistema de seguimiento, monitoreo y fiscalización de las bajas y migraciones.

¹⁵ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA

¹⁶ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición) Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

¹⁷ 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.

¹⁸ Disposición incluida mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.