



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 98 -2019-CD/OSIPTEL

Lima, 25 de julio de 2019

EXPEDIENTE N°	:	00041-2016-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 0120-2019-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) contra la Resolución N° 0120-2019-GG/OSIPTEL, que declaró FUNDADO EN PARTE el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 0078-2019-GG/OSIPTEL, en los siguiente términos:
 - (i) ARCHIVAR el procedimiento en el extremo respecto a la comisión de la infracción tipificada en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, respecto de ochenta y cinco (85) líneas según el detalle contenido el Anexo 1 incluido en un disco compacto - CD; manteniéndose la imputación respecto de las líneas detalladas en el Anexo 2 contenido en un disco compacto – CD de la Resolución N° 00078-2019-GG/OSIPTEL.
 - (ii) CONFIRMAR las multas impuesta a TELEFÓNICA.
- (ii) El Informe N° 165-GAL/2019 del 19 de julio de 2019, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y
- (iii) El Expediente N° 041-2016-GG-GFS/PAS y el Expediente de Supervisión N° 00288-2015-GG-GFS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. A través de la carta N° 1376-GFS/2016, notificada el 8 de julio de 2016, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de la infracción 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), al haberse verificado el supuesto incumplimiento del tercer párrafo del artículo 12 de la referida norma, vigente al momento en el que se cometió la infracción, en los siguientes términos:

Norma incumplida	Conducta
Numeral (i) del artículo 12	Entre el 27 y 29 de mayo de 2015, no se entregó la constancia en la que se indique que el supuesto abonado no reconoce la titularidad del servicio cuestionado.

¹ Aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL



Numeral (ii) del artículo 12	No retirar la información de sus datos personales incluida en el registro de abonados correspondientes a doscientos cuarenta y seis (246) servicios, en un plazo máximo de dos (2) días hábiles de efectuada la referida comunicación.
Numeral (iii) del artículo 12	No enviar al menos un mensaje de texto solicitando la regulación de la titularidad en relación a quince (15) servicios móviles prepago en el plazo establecido en la normativa vigente.
	No suspender doscientos cuarenta y seis (246) servicios móviles prepago en el plazo máximo establecido por la normativa vigente.
	No dar de baja doscientos cuarenta y seis (246) servicios móviles prepago en el plazo máximo establecido por la normativa vigente.

- 1.2. Mediante carta N° TP-AG-GGR-2147-16, recibida el 01 de setiembre de 2016, TELEFÓNICA remitió sus descargos.
- 1.3. Posteriormente, a través de la carta N° 1996-GFS/2016, notificada el 10 de octubre de 2016, la GSF comunicó a TELEFÓNICA la ampliación del PAS, en los siguientes términos:

Norma Incumplida		Conducta
Norma	Artículo	
TUO de las Condiciones de Uso	Numeral (ii) del artículo 12	Respecto a veinticinco (25) servicios móviles prepago, no retirar los datos personales de los usuarios y hacer la precisión respectiva en el registro de abonados en el plazo máximo establecido.
	Numeral (iii) del artículo 12	No dar de baja ciento dos (102) servicios móviles prepago en el plazo máximo correspondiente.
Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones ² (en adelante, RFIS)	Artículo 7	No remitir información al OSIPTEL, que fuera requerida a través de la carta N° 1555-GFS/2016.
	Artículo 9	Remitir información inexacta, en tanto informó que respecto a noventa y tres (93) servicios móviles prepago no se habría iniciado ningún procedimiento de cuestionamiento de titularidad.

- 1.4. TELEFÓNICA, mediante carta N° TP-AG-GGR-3021-16, recibida el 9 de diciembre de 2016, remitió sus descargos a la carta N° 1996-GFS/2016.
- 1.5. TELEFÓNICA, vía Judicial presentó una Medida Cautelar dentro de un Proceso de Amparo, con la finalidad de suspender los procedimientos sancionadores seguidos en los Expedientes N° 041-2016-GG-GFS/PAS y N° 00034-2016-GG-GFS/PAS.
- 1.6. El Tercer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la Resolución N° 1 de fecha 1 de junio de 2017 dispuso conceder la medida cautelar a TELEFÓNICA, ordenando al OSIPTEL la suspensión del procedimiento sancionador seguido en el Expediente N° 041-2016-GG-GFS/PAS
- 1.7. La Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución N° 4 de fecha 04 de octubre del 2018, decide revocar la resolución N° 1 de fecha 01 de junio del 2017, y la declara improcedente.
- 1.8. Mediante carta N° 808-GG/2018, notificada el 22 de octubre de 2018, la Primera Instancia notificó a TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción N° 140-GFS/2017, a fin de que remita sus descargos.
- 1.9. TELEFÓNICA, con carta N° TDP-3366-AG-ADR-18 presentada el 5 de noviembre 2018, presentó descargos al Informe Final de Instrucción.
- 1.10. Mediante Resolución N° 078-2019-GG/OSIPTEL³, notificada el 4 de abril de 2019, la Primera Instancia sancionó a TELEFÓNICA en los siguientes términos:

² Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias

³ Se resuelve teniendo en cuenta las cartas N° 1376-GFS/2016 y N° 1996-GFS/2016.



Norma Incumplida		Sanción
TUO de las Condiciones de Uso	Numerales (i), (ii) y (iii) del artículo 12	68.58 UIT
RFIS	Artículo 7	100 UIT
	Artículo 9	150 UIT

Asimismo, resolvió dar por concluido los extremos referidos a:

Norma Incumplida		Conducta
TUO de las Condiciones de Uso	Numerales (ii) y (iii) del artículo 12	<ul style="list-style-type: none"> Respecto al servicio telefónico N° 968066405
	Numeral (iii) del artículo 12	<ul style="list-style-type: none"> Enviar SMS a quince (15) servicios telefónicos. Suspender (245) servicios telefónicos. Dar de baja (245) servicios telefónicos. Respecto a los servicios telefónicos N° 968965224, 974898587, 975754870, 976710395, 979192027, 985592862, 994486435, 996714411, 976926134, 968900933, 969535408 y 975760889.
RFIS	Artículo 9	<ul style="list-style-type: none"> Información correspondiente a los servicios telefónicos N° 975745252, 968066405, 975810050, 975809980, 942447779, 984077180, 965669096 y 972887290.

1.11. El 27.04.2019, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 078-2019-GG/OSIPTEL.

1.12. Mediante Resolución N° 120-2019-GG/OSIPTEL, notificada el 31 de mayo de 2019, la Primera Instancia resolvió declarar parcialmente fundado el Recurso de Reconsideración, bajo los siguientes términos:

(iii) ARCHIVAR el procedimiento en el extremo respecto a la comisión de la infracción tipificada en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, respecto de ochenta y cinco (85) servicios telefónicos.

(iv) CONFIRMAR las multas impuesta a TELEFÓNICA.

1.13. El 21.06.2019, mediante escrito N° TDP-2085-AR-ADR-19 recibido el 21 de junio de 2019, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 120-2019-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27° del RFIS y los artículos 218° y 220° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, TUO de la LPAG) aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos por los que TELEFÓNICA considera que la Resolución impugnada debe revocarse, son los siguientes:

3.1. La Resolución que impone la sanción fue notificada con posterioridad al plazo de caducidad.

3.2. La Primera Instancia no habría considerado que TELEFÓNICA cumplió con el objetivo de la norma, de acuerdo a las pretensiones formuladas por los usuarios



- 3.3. La Primera Instancia no motivó el análisis de la figura de la prescripción de la potestad sancionadora, por lo que correspondería declarar la nulidad de la Resolución que impone sanción.
- 3.4. Respecto a la sanción impuesta por el supuesto incumplimiento de los artículos 7 y 9 del RFIS, considera que se habría impuesta una doble sanción por la misma conducta; por lo que correspondería declarar la nulidad de la sanciones impuestas.

IV. ANALISIS DEL RECURSO:

A continuación, se analizarán los argumentos de TELEFÓNICA:

4.1. **Sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador**

TELEFÓNICA reitera que la Resolución de Primera Instancia ha sido emitida excediendo el plazo de caducidad del procedimiento establecido en el Decreto Legislativo 1272.

Agrega, aquellos procedimientos administrativos sancionadores que se encontraban en trámite en la fecha de entrada en vigencia del referido Decreto Legislativo, conforme se estableció en la Quinta Disposición Complementaria Transitoria, el plazo de caducidad fue el 22 de diciembre del 2017.

Sobre el particular, es preciso señalar que el 22 de diciembre de 2016 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1272, a través del cual se modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, donde se incluyó el plazo de caducidad de nueve (9) meses para los procedimientos sancionadores.

Ahora bien, para los procedimientos sancionadores que se encontraban en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la referida norma, se estableció que el plazo de caducidad de los mismos es de un (1) año contado desde la vigencia del Decreto Legislativo, tal como se detalla a continuación:

"Quinta.- Para la aplicación de la caducidad prevista en el artículo 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece un plazo de un (1) año, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para aquellos procedimientos sancionadores que a la fecha se encuentran en trámite".

Al respecto, conviene señalar que ante la inactividad prolongada del trámite del procedimiento sancionador por parte de la administración y el derecho del administrado a ser procesado en un plazo razonable, surge la figura de la caducidad.

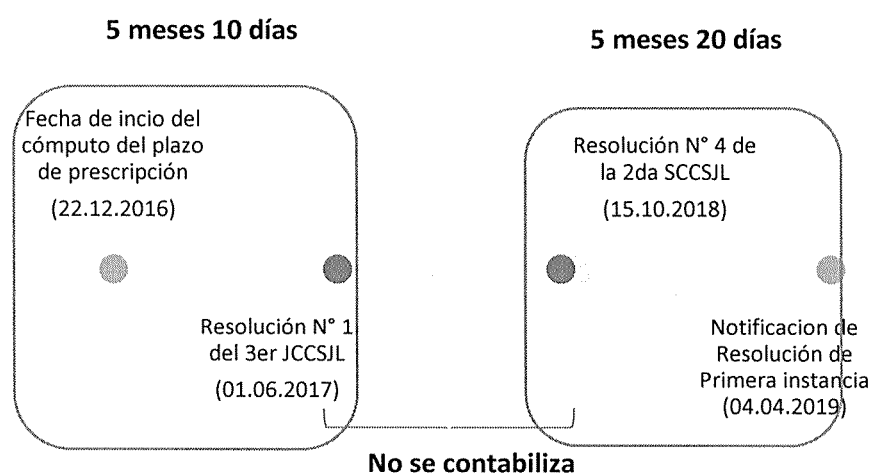
Sin embargo, si la paralización del procedimiento deviene de una situación no imputable a ésta, como lo es una Resolución Judicial que ordena la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, no corresponde computar el plazo de caducidad en tanto dure la referida orden.

Teniendo en cuenta ello, dado que el presente PAS se encontraba en trámite en la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, el plazo de caducidad era de un (1) año contado a partir del 22 de diciembre de 2016; es decir dicho plazo debió vencer –en principio- el 22 de diciembre de 2017, como manifiesta TELEFÓNICA.



No obstante lo señalado, en este caso el procedimiento fue suspendido en estricto cumplimiento de lo ordenado en sede judicial a través del 3° Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, el cual mediante la Resolución N° 1 del 1 de junio de 2017 dispuso conceder la medida cautelar a TELEFÓNICA, ordenando al OSIPTEL la suspensión del procedimiento sancionador seguido en el Expediente N° 041-2016-GG-GFS/PAS. Posteriormente, la 2da Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la Resolución N° 4 notificada el 15 de octubre de 2018, dispuso revocar la Resolución N° 1⁴.

En ese sentido, considerando que el plazo de caducidad se suspendió por orden judicial durante el periodo del 1 de junio de 2017 al 15 de octubre del 2018, queda acreditado que en este procedimiento no se excedió el plazo de caducidad, conforme se detalla a continuación:



En consecuencia el pronunciamiento de Gerencia General no adolece de vicio de nulidad, cumpliendo con los requisitos de validez previstos en el TUO de la LPAG.

4.2. Respecto al cumplimiento del objetivo de la norma por parte de TELEFÓNICA

TELEFÓNICA señala que apenas tuvo conocimiento del inconveniente de la ua, realizó todas las acciones necesarias y adoptó las medidas para revertir la situación; por lo tanto, a su entender, habría actuado de manera diligente y no amerita que se le imponga una sanción.

Asimismo señala que, la Primera Instancia sostiene que no se le entregaron las constancias de cuestionamiento de titularidad que habría realizado la usuaria el 27 y 29 de mayo del 2015; sin embargo, el expediente de supervisión no obraría medio probatorio alguno que sustente dichos hechos.

Además, TELEFÓNICA indica que se han imputado supuestos infractores cuando no existe certeza y pruebas que respalden dichas afirmaciones, por ejemplo: mediante la carta N° 766-GPSU/2015 de fecha 9 de junio del 2015,



⁴ Expediente N° 17804-2016-1-1801-JR-CI-03

hace referencia a eventos ocurridos el 25 y 28 de mayo del 2015, mientras que los hechos infractores habrían ocurrido el 27 y 29 de mayo del 2015.

Al respecto, de conformidad con lo señalado en la Resolución de Primera Instancia N° 078-2019-GG/OSIPTEL, el objetivo de la norma si bien corresponde a la desvinculación de la titularidad de una línea móvil prepago no contratada por un abonado, es parte vital del procedimiento recogido en el artículo 12 del TUO de las Condiciones de Uso; no obstante ello, el procedimiento además busca la regularización de la titularidad de la línea cuestionada, de modo tal que, de corresponder, el correcto abonado tenga la oportunidad de mantener su servicio activo e incluso, la empresa operadora reduzca los costos de la actualización de su registro prepago.

Teniendo en cuenta lo indicado, este Consejo advierte que las medidas adoptadas por TELEFÓNICA no cumplen con el objetivo de la norma y tampoco pueden “subsana” la entrega de la Constancia de cuestionamiento de titularidad; por lo que corresponde aplicar la sanción impuesta.

Complementariamente, conviene señalar que los hechos imputados se sustentan en la evaluación realizada por la GSF en el Informe de Supervisión N° 570-GSF/2016 de fecha 7 de julio del 2016, donde se concluye que TELEFÓNICA no cumplió con entregar las constancias de los cuestionamientos de titularidad del artículo 12 del TUO de las Condiciones de Uso, por hechos llevados a cabo el 27 y 29 de mayo del 2015.

4.3. Sobre la supuesta falta de motivación del análisis de la prescripción de la potestad sancionadora del OSIPTEL

TELEFÓNICA, solicita se declare la nulidad de la Resolución Impugnada; toda vez que, a su entender, la potestad sancionadora del OSIPTEL habría prescrito.

Agrega que la medida cautelar dictada por el Poder Judicial no incide en el cómputo del plazo de prescripción establecido en la norma, precisando que el artículo 252 del TUO de la LPAG establece únicamente un supuesto para la suspensión del plazo de prescripción, es decir con la iniciación del PAS.

Asimismo, TELEFÓNICA señala que en el trámite del Proceso de Amparo, el OSIPTEL argumentó que la potestad para investigar y sancionar las conductas del presente procedimiento, podrá verse seriamente comprometidas por la dación de la medida cautelar.

Respecto a la supuesta falta de motivación de la Resolución impugnada, cabe indicar que en el numeral 3.2 de la Resolución N° 120-2019-GG/OSIPTEL se analiza el plazo de prescripción de la facultad sancionadora del OSIPTEL, tal como se advierte a continuación:



Anexo 5. las Considerandos de la Resolución N° 4 emitida por la Segunda Sala Constitucional en el Expediente N° 17804-2016.

En atención a lo indicado, TELEFÓNICA solicita se declare la nulidad de la RESOLUCIÓN 78 y el archivo definitivo del PAS.

En cuanto a lo señalado por TELEFÓNICA respecto a la supuesta falta de motivación de la resolución de Gerencia General impugnada, cabe indicar que la actuación de esta instancia ha sido realizada en observancia de lo previsto por el T.U.O de la LPAG, con lo cual, según se verificó los vencimientos de los plazos de prescripción y caducidad, en atención a lo previsto por el artículo 222.3 de dicha norma, esta instancia determinó que correspondía continuar con el trámite del PAS, precisando lo siguiente:

"Al respecto, en el presente caso, remitiendo el cómputo de los plazos según la supuesta ordenanza por la Resolución N° 1 emitida por el Tercer Juzgado Especializado en los Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, y luego de la verificación y constatación de los meritos, corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a TELEFÓNICA por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito, así como tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente procedimiento [...]"

En tal contexto, se advierte claramente que para el cómputo de tales plazos, se consideró conforme lo señalado expresamente la Gerencia General, la suspensión de los mismos, tanto el de caducidad, como el de prescripción, en virtud de lo ordenado por Resolución N° 1 emitida por el Tercer Juzgado Especializado en los Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. Siendo así, no podrá alegarse falta de motivación en la RESOLUCIÓN 78.

De esta manera, en la línea de lo señalado, debía entenderse que tal suspensión opera desde la emisión de la Resolución N° 1 el 01 de junio de 2017, por el Tercer Juzgado Especializado en la Constitucional, y no por alguna situación imputable a la Administración, habida la revocación de dicho pronunciamiento a través de la Resolución N° 4 de fecha 04 de octubre de 2018 emitida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En consideración a lo indicado, a la fecha de notificación del pronunciamiento de la Gerencia General, no había transcurrido el plazo de prescripción, considerando que el incumplimiento del artículo 12° del T.U.O de las Condiciones de Uso fue tipificado como infracción grave en el artículo 3° del Anexo 5 de dicha norma, y que acorde con lo dispuesto en el artículo 31° de la LDF, el plazo de prescripción de las infracciones graves es de 3 años.

Siendo así, no resulta pertinente como nueva prueba la Resolución N° 150-2018-GG/OSIPTEL, que alcanza TELEFÓNICA en el Anexo 3, no sólo porque en la misma se analiza la comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS, y en el presente PAS la empresa operadora alega la prescripción de la infracción por el incumplimiento del artículo 12° del T.U.O de las Condiciones de Uso, sino que tampoco se ha discutido en tal pronunciamiento (Resolución N° 150-2018-GG/OSIPTEL) la naturaleza de esta última infracción (artículo 12° del T.U.O de las Condiciones de Uso), ni se verifica que la Gerencia General en la RESOLUCIÓN 78 haya señalado una calificación distinta de la infracción, a la señalada por la empresa operadora.

De igual manera, en el caso de la Resolución N° 458-2016-GG/OSIPTEL, que alcanza TELEFÓNICA como nueva prueba en el Anexo 4, para rebatir la suspensión del plazo de prescripción, se verifica que en tal caso se presenta una circunstancia diferente a la que es materia del presente PAS, pues en el mismo, la resolución de Gerencia General N° 583-2007-GG/OSIPTEL fue declarada nula en vía judicial, lo cual implica que la

misma quedara sin efecto desde su origen y, como consecuencia de ello, devinieron nulas las actuaciones posteriores vinculadas, siendo así, y al retrotraerse lo actuado al momento en que se dictó el acto viciado, correspondía reanudar el cómputo del plazo de prescripción que había sido suspendido con el inicio del PAS, y así considerar que la emisión de tal pronunciamiento habría puesto fin a dicho cómputo.

Así las cosas, y siendo que en el presente caso no existe un pronunciamiento desfavorable al OSIPTEL que haya declarado la nulidad de la Resolución de Gerencia General impugnada, la misma que conforme vienen evaluando esta instancia, no adolece de vicio de nulidad; por tanto, el modo probatorio alcanzado por TELEFÓNICA en el Anexo 4, no resulta suficiente para desvirtuar tal pronunciamiento.

De otro lado, en cuanto a los Considerandos de la Resolución N° 4 emitida por la Segunda Sala Constitucional en el Expediente N° 17804-2016, alcanzada por TELEFÓNICA como nueva prueba en el Anexo 5, se verifica que dicho ente emisor se pronuncia -entre otros- respecto de la "inimencia de un perjuicio irremediable (supuesto especial para las medidas innovativas y de no innovar)", como presupuesto para la concesión de la Medida Cautelar.

Al respecto, si bien se señala que "podría" existir la posibilidad de prescribir la potestad sancionadora, dicha expresión condicional no implica un pronunciamiento u opinión por parte de la autoridad judicial, más aún cuando no fue materia de evaluación en la indicada Resolución N° 4, la vigencia de la potestad sancionadora de la Administración, para lo cual, de ser el caso, tendrían que analizarse y valorarse las circunstancias que se suscitaron en el caso en particular.

Finalmente, cabe señalar que si bien en su recurso TELEFÓNICA se ha referido en todo momento como nueva prueba contenida en el Anexo 3 a la Resolución N° 150-2018-GG/OSIPTEL, analizada con anterioridad, se advierte que aquélla ha anexado la Resolución N° 150-2018-CD/OSIPTEL, la misma que no resulta pertinente en este extremo, en la medida que está referida a la comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS al haber alcanzado información inexacta en el marco del procedimiento de solución de reclamos de usuarios; archivándose el PAS, al advertirse que -a diferencia del presente caso- fue posible que el TRASU resuelva las quejas de los usuarios, al contar con la información necesaria.

Por tanto, contrario a lo señalado por TELEFÓNICA, los Anexos 3 (Resoluciones N° 150-2018-GG/OSIPTEL y N° 150-2018-CD/OSIPTEL), 4 y 5, presentados no permiten desvirtuar los fundamentos que sustentaron la expedición de la Resolución impugnada, por lo que corresponde desestimar los argumentos expuestos por la empresa operadora en este extremo, no apreciándose adicionalmente, algún vicio de nulidad en el pronunciamiento de la Gerencia General, conforme a lo dispuesto por los artículos 3° y 10° del T.U.O de la LPAG.

Por lo tanto, a consideración de este Consejo, el hecho que TELEFÓNICA discrepe de dicha evaluación, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de un defecto en su motivación.

Adicionalmente a ello, respecto al cuestionamiento de la prescripción de la potestad sancionadora del OSIPTEL, es importante señalar que entre el 1 de junio de 2017 al 15 de octubre de 2018, el procedimiento administrativo fue suspendido de acuerdo a lo ordenando por el 3° Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la Resolución N° 1 del 1 de junio de 2017, así como por la Resolución N° 4 emitida por la 2da Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual establece lo siguiente:

"V. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación resuelve:

REVOCAR la resolución número uno, de fecha 01 de junio del 2017, que concedió medida cautelar a favor de la empresa Telefónica del Perú S.A.A. y ordenó la suspensión de los procedimientos administrativos sancionadores seguidos en los expedientes N° s 00034-2016-GG-GFS/PAS y 00041-2016-GG-GFS/PAS; y, **REFORMÁNDOLA**, se declara **IMPROCEDENTE** la solicitud cautelar presentada por Telefónica del Perú S.A.A.
(...)"

Sobre ello, cabe precisar que no es oponible a OSIPTEL la prescripción en este caso, en razón a que la administración se vio impedida de continuar con el trámite del procedimiento sancionador a mérito de una orden judicial de obligatorio cumplimiento⁵.

⁵ El artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo No 017-93-JUS, está referido al carácter vinculante de las decisiones judiciales y a los principios de la administración de justicia: "Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole



En ese sentido, en tanto que la suspensión del procedimiento no se debe a una causa imputable a la administración sino a una orden judicial, no corresponde contabilizar dicho plazo para la prescripción de la potestad sancionadora del OSIPTEL.

Sobre el particular, Diego Zegarra Valdivia⁶, cita lo siguiente:

“(…)

La prescripción es una limitación al ejercicio tardío del derecho en beneficio de la seguridad jurídica; por ello, se acoge en aquellos supuestos en los que la Administración, por inactividad deja transcurrir el plazo máximo legal para ejercitar su derecho a exigir o corregir las conductas ilícitas administrativas o interrumpe el procedimiento de persecución de la falta durante un lapso de tiempo.

De acuerdo con lo señalado, la prescripción se relaciona directamente con el retraso objetivo en el ejercicio de los derechos y potestades, en concordancia con los cánones que la normativa establezca y al margen de la posición subjetiva de sus protagonistas.

En el Perú, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha ocupado de la definición de la prescripción en los siguientes términos:

- “La prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o renuncia del Estado al ius puniendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma”.

(…)”

Teniendo en cuenta lo indicado en este caso es importante señalar que el OSIPTEL, no renuncia a su potestad sancionadora, ni se retrasa en los plazos que garantizan el debido procedimiento, por el contrario, este PAS se suspende por un hecho externo no imputable a la administración como es el caso un mandato judicial (medida cautelar).

Por tanto, luego de verificar el plazo de prescripción, se advierte que a la fecha de notificación del pronunciamiento de la Gerencia General, no había transcurrido el plazo de prescripción⁷; por lo que corresponde ratificar la sanción impuesta.

administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.”

⁶ Diego Zegarra Valdivia, artículo “La prescripción es una limitación al ejercicio tardío del derecho en beneficio de la seguridad jurídica¹⁰; por ello, se acoge en aquellos supuestos en los que la Administración, por inactividad deja transcurrir el plazo máximo legal para ejercitar su derecho a exigir o corregir las conductas ilícitas administrativas o interrumpe el procedimiento de persecución de la falta durante un lapso de tiempo”

⁷ considerando que el incumplimiento del artículo 12° del TUO de las Condiciones de Uso fue tipificado como infracción grave⁷, y que acorde con lo dispuesto en el artículo 31° de la LDFF, el plazo de prescripción de las infracciones graves es de 3 años.



4.4. Sobre la supuesta vulneración del Principio No bis in ídem y Concurso de Infracciones

TELEFÓNICA solicita que las infracciones imputadas puedan ser acumuladas en una sola infracción, en virtud de lo establecido para el concurso de infracciones, toda vez que una misma conducta activó imputaciones por varias infracciones.

Al respecto, conforme establece el numeral 6 del artículo 248 del TUO de la LPAG, se aplicará el concurso de infracciones cuando una misma conducta califique como más de una infracción, conforme se indica a continuación:

"6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes".

Ahora bien, en este caso en particular, tal como ha sido señalado por la Primera Instancia, no nos encontramos ante una única conducta. Cabe indicar que las obligaciones establecidas en el artículo 12 del TUO de las Condiciones de Uso están referidas a un procedimiento que para atender el cuestionamiento de titularidad, mientras que las conductas sancionadas por infracción a los artículos 7 y 9 del RFIS, están referidas a la obligación de entrega de información requerida por el OSIPTEL, conforme se detalla a continuación:

- (i) No presentar la información solicitada con carácter perentorio y obligatorio en la aludida comunicación N° 1555-GFS/2016, respecto de un grupo de líneas móviles, que señalaba haber entregado con anterioridad, configurándose así la infracción prevista en el artículo 7 del RFIS.
- (ii) Remitir información inexacta en la comunicación N° TP-AF-GTR-2123-16 de fecha 31 de agosto de 2016, al señalar que de acuerdo con sus registros un grupo de líneas no habían sido cuestionadas, pese a que los usuarios remitieron sus formatos con constancias de cuestionamiento de titularidad, configurándose así la infracción prevista en el artículo 9 del RFIS.

En ese sentido, este Consejo advierte que se trata de dos acciones o conductas diferentes que configuran a la vez infracciones diferentes, no pudiendo aplicarse así el concurso de infracciones.

V. PUBLICACION DE SANCIONES

Al ratificar este Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por el incumplimiento de las obligaciones previstas en los numerales (i), (ii) y (iii) del artículo 12 del TUO de las Condiciones de Uso, así como de los artículos 7 y 9 del RFIS.

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° III.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 0120-2019-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia

- (i) CONFIRMAR la multa de SESENTA Y OCHO CON 58/100 (68.58) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 3° 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, por el incumplimiento de las obligaciones previstas en los numerales (i), (ii) y (iii) del artículo 12° de dicha norma, respecto de las líneas detalladas en los Anexos 1, 2 y 3 de la Resolución N° 0078-2019-GG/OSIPTTEL.
- (ii) CONFIRMAR la multa de CIEN (100) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL respecto de las líneas detalladas en el Anexo 4 de la Resolución N° 0078-2019-GG/OSIPTTEL.
- (iii) CONFIRMAR la multa de CIENTO CINCUENTA (150) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL respecto de las líneas detalladas en el Anexo 5 de la Resolución N° 0078-2019-GG/OSIPTTEL.



Artículo 2.- DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 0120-2019-GG/OSIPTTEL, formulada por la empresa TELEFÓNICA

Artículo 3.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 4.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

- (i) La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 0165-GAL/2019 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° 0165-GAL/2019 y las Resoluciones N° 00120-2019-GG/OSIPTTEL y la Resolución N° 00078-2019-GG/OSIPTTEL, en el portal web institucional del OSIPTTEL: www.osiptel.gob.pe; y,
- (iv) Poner en conocimiento de 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