



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00188-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 16 de junio de 2022

EXPEDIENTE Nº	:	00108-2021-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO: El Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución Nº 161-2022-GG/OSIPTEL.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. A través de la carta Nº 2379-DFI/2021 de fecha 5 de noviembre de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS)¹, puesto que habría incumplido con remitir dentro del plazo perentorio, la información completa requerida a través de la carta Nº 998-DFI/2021, y reiterada mediante carta Nº 1221-DFI/2021, solicitada a fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5 y la Primera Disposición Transitoria de la Decisión Nº 854 “Servicio de Roaming Internacional entre los países miembros de la Comunicada Andina” (DECISIÓN 854). Al respecto, se otorgó a la empresa el plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de sus descargos.
2. Mediante carta Nº TDP-3964-AR-ADR-21, presentada el 19 de noviembre de 2021, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de plazo de treinta (30) días hábiles para remitir sus descargos, siendo atendida a través de la carta Nº 2543-DFI/2021 de fecha 25 de noviembre de 2021, concediéndole un plazo adicional de diez (10) días hábiles.
3. Con carta Nº TDP-4216-AR-ADR-21, recibida el 13 diciembre de 2021, TELEFÓNICA presentó sus descargos (**Descargo 1**). Asimismo, a través del mismo documento, solicitó que se le conceda una audiencia de informe oral; la cual fue denegada mediante la carta Nº 2746-DFI/2021, de fecha 28 de diciembre de 2021.
4. Con fecha 8 de febrero de 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe Nº 014-DFI/2022 (**Informe Final de Instrucción**), con el análisis del Descargo 1 presentado por TELEFÓNICA.
5. A través de la carta Nº 119-GG/2022, de fecha 11 de febrero de 2022, se puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción, otorgándole cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.

¹ Aprobado con Resolución Nº 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias.





6. Mediante carta N° TDP-00865-AR-ADR-22, recibida el 18 de febrero de 2022, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de plazo de diez (10) días hábiles para remitir sus descargos. A través de la carta N° 138-DFI/2022, de fecha 21 de febrero de 2021, se denegó el plazo adicional solicitado.
7. Con carta N° TDP-1157-AR-ADR-22, recibida el 9 de marzo de 2022, TELEFÓNICA presentó sus descargos. (**Descargo 2**)
8. Con Memorando N° 114-GG/2022, de fecha 17 de marzo de 2022, la Gerencia General solicitó a la DFI realizar el análisis de medios probatorios presentados por TELEFÓNICA en su **Descargo 2**; el cual fue atendido mediante el Memorando N° 356-DFI/2022, de fecha 22 de marzo de 2022.
9. Posteriormente, a través de la Resolución N° 161-2022-GG/OSIPTEL (en adelante, RESOLUCIÓN 161), notificada el 23 de mayo de 2022 se resolvió sancionar a TELEFÓNICA con una multa de 35,9 UIT, por cuanto no habría cumplido con remitir la información completa requerida mediante la carta N° 0998-DFI/2021 y reiterada a través de carta N° 1221-DFI/2021, dentro del plazo perentorio establecido.
10. El 14 de junio de 2022, a través de la carta N° TDP-2472-AR-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la RESOLUCIÓN 161.

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, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, TUO de la LPAG) aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, el plazo para interponer el Recurso de Reconsideración es de quince (15) días hábiles perentorios, contados a partir del 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 14 de junio de 2022, 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 pedírsele, 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”.*²

En la misma línea, el Consejo Directivo del OSIPTEL, en su Resolución N° 151-2018-CD/OSIPTEL, 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/OSIPTEL:

*“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 pronunciamiento.”*⁶

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”.

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.



² 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.



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.

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en su Recurso de Reconsideración, TELEFÓNICA solicita se REVOQUE la RESOLUCIÓN 161, tomando en cuenta los siguientes argumentos:

- 3.1 El PAS ha sido iniciado por un órgano que no cuenta con competencia expresa para evaluar el cumplimiento de la DECISIÓN 854. Presenta como nueva prueba la Resolución de Consejo Directivo N° 140-2019-CD/OSIPTTEL (**Anexo 1**).
- 3.2 No se ha valorado que la información requerida fue íntegramente presentada por TELEFÓNICA, coadyuvando al logro de los objetivos regulatorios del OSIPTTEL; motivo por el cual la Primera Instancia debió aplicar la causal eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. Presenta como nueva prueba la Resolución de Gerencia General N° 157-2020-CD/OSIPTTEL (**Anexo 2**).
- 3.3 El PAS no cumple con las tres (3) dimensiones del Test de Razonabilidad porque no se ha evaluado adecuadamente la imposición de medidas menos gravosas, como una medida correctiva. Presenta como nueva prueba la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTTEL (**Anexo 3**).

Respecto del argumento 3.1, TELEFÓNICA reitera alegaciones que fueron debidamente analizados al emitirse la RESOLUCIÓN 161. Sobre el documento ofrecido como nueva prueba, se advierte que la Resolución N° 140-2019-CD/OSIPTTEL contiene el razonamiento jurídico del Consejo Directivo del OSIPTTEL respecto a la falta de competencia del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), en un caso de naturaleza distinta a los hechos investigados en el presente PAS. Por tanto, lo resuelto mediante dicho acto administrativo no constituye nueva prueba que amerite la revisión de lo decidido en este extremo.

En cuanto al argumento 3.2, TELEFÓNICA reitera que la información solicitada por la DFI fue presentada por medio de las cartas N° TDP-1656-AR-GGR-21, N° TDP-1954-AR-GGR-21 y N° TDP-2743-AF-ASR-21; aspecto que también fue evaluado en la RESOLUCIÓN 161, desestimándose los argumentos planteados por la empresa operadora. Sobre el particular, presenta como nueva prueba la Resolución N° 157-2020-GG/OSIPTTEL con la finalidad que se aplique el eximente de responsabilidad de subsanación voluntaria de la conducta investigada y se proceda con el archivo del presente procedimiento. Al respecto, la referida Resolución se pronunció sobre infracciones al Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico³, verificándose que se configuró la subsanación voluntaria, toda vez que TELEFÓNICA acreditó que cesó su conducta y que no se produjeron efectos que revertir; sin embargo, ello no se ha configurado en el presente procedimiento, toda vez que, tal como ha señalado la DFI y se sustenta en la RESOLUCIÓN 161, TELEFÓNICA no ha acreditado el cese de la conducta. Por tanto, la resolución

³ Aprobado por Resolución N° 135-2013-CD/OSIPTTEL.





ofrecida como nueva prueba no desvirtúa la fundamentación que respaldó la sanción impuesta, menos aún si se refiere a una infracción distinta.

Finalmente, respecto al argumento 3.3, TELEFÓNICA cuestiona que se haya impuesto una sanción en lugar de una medida correctiva; no obstante, ese extremo fue analizado como parte del juicio de necesidad al desarrollarse el Test de Razonabilidad, descartándose la aplicación de dicha medida administrativa. Para sustentar su posición, TELEFÓNICA ha presentado la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL con la finalidad de resaltar que la administración puede optar por imponer una medida menos gravosa que la sanción administrativa, como lo es la imposición de una medida correctiva. Al respecto, dicha resolución corresponde a una alegación meramente jurídica que no desvirtúa los hechos que sustentaron lo resuelto; debiendo resaltarse, además, que la RESOLUCIÓN 161 ha motivado adecuadamente por qué resultaba proporcional y adecuado imponer una sanción en el presente caso.

En consecuencia, los aludidos instrumentos no constituyen, realmente, nueva prueba, motivo por el cual no corresponde la evaluación de los argumentos 3.1, 3.2 y 3.3 en la presente Resolución.

En atención a lo mencionado, es pertinente tener en cuenta que el inciso 3 del artículo 86 del TUO de la LPAG, establece que es deber de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, encauzar de oficio el procedimiento, cuando se advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a estos.

Asimismo, el artículo 223 del TUO de la LPAG establece que el error en la calificación del recurso por parte del administrado no deberá representar un obstáculo para su trámite siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

En esa línea, conforme al artículo 220 del mismo cuerpo normativo, el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

Así, en el caso en concreto, se advierte que la carta N° TDP-2472-AR-ADR-22 se sustenta en una distinta valoración de las pruebas a la realizada en la RESOLUCIÓN 161, y también en argumentos jurídicos sobre los hechos materia de controversia, los cuales exponen discrepancias de la empresa operadora con cuestiones de puro derecho expuestas por la Primera Instancia. En consecuencia, con la finalidad de cautelar el derecho de defensa del administrado y en el marco del contenido jurídico de los principios de Debido Procedimiento, Impulso de Oficio, Informalismo y Eficacia, corresponde encauzar el procedimiento y, por tanto, calificar el Recurso de Reconsideración presentado por TELEFÓNICA a través del escrito antes mencionado, como un Recurso de Apelación contra la RESOLUCIÓN 161.

En consecuencia, corresponde elevar el presente expediente al Consejo Directivo del OSIPTEL, para que, en su calidad de segunda instancia administrativa en los procedimientos administrativos sancionadores, proceda con el trámite del Recurso de Apelación antes mencionado, en el marco de su competencia.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41 del Reglamento General del OSIPTEL;

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

SE RESUELVE:

Artículo 1.- ENCAUZAR el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. a través de la carta N° TDP-2472-AR-ADR-22 de fecha 13 de junio de 2022, como un Recurso de Apelación; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2.- ELEVAR el Expediente N° 00108-2021-GG-DFI/PAS al Consejo Directivo del OSIPTEL, para que, en su calidad de segunda instancia administrativa en los procedimientos administrativos sancionadores, dé trámite al Recurso de Apelación señalado en el artículo 1 de la presente Resolución; por los fundamentos expuesto en la parte considerativa de la misma.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES
CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 17745_n35U82