

<b>A</b>	:	<b>RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO</b>
<b>ASUNTO</b>	:	<b>RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 206-2022- GG/OSIPTEL</b>
<b>REFERENCIA</b>	:	<b>EXPEDIENTE N° 00041-2022-GG-DFI/PAS</b>
<b>FECHA</b>	:	<b>10 de octubre de 2022</b>

	<b>CARGO</b>	<b>NOMBRE</b>
<b>ELABORADO POR</b>	<b>COORDINADOR LEGAL</b>	<b>JOHAN DANIEL ROSALES HEREDIA</b>
<b>REVISADO Y APROBADO POR</b>	<b>DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURIDICA</b>	<b>LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA</b>



**I. OBJETO:**

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 206-2022-GG/OSIPTEL, en el marco del PAS iniciado por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo N° 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (TUO de las Condiciones de Uso), aprobado por la Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 17 de la referida norma.

**II. ANTECEDENTES:**

- 2.1. Mediante el Informe de Supervisión N° 00043-DFI/SDF/2022 de fecha 14 de marzo de 2022, la DFI consignó el resultado de la verificación del cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, durante el período comprendido entre el 1 de julio al 31 de diciembre de 2020, en el marco del Expediente de Supervisión N° 00100-2021-DFI, cuyas conclusiones y recomendaciones fueron las siguientes:

**“V. CONCLUSIONES**

**34. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**, habría incumplido con lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 17 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, toda vez que de cincuenta y cuatro (54) modelos de contrato, se obtuvo lo siguiente:

- Se habría evidenciado incumplimiento en un total de cuarenta (40) modelos de contratos, de conformidad con lo expuesto en el numeral 3.2 del presente informe de supervisión y el Anexo 1 adjunto.

**VI. RECOMENDACIONES**

**35. Se recomienda el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**, por la presunta infracción del artículo 2 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/OSIPTEL y sus modificatorias, respecto del presunto incumplimiento del quinto párrafo del artículo 17 del mismo cuerpo normativo.”

- 2.2. A través de la carta N° 00845-DFI/2022, notificada con fecha 18 de abril de 2022, la DFI comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción administrativa tipificada en el artículo 2 del Anexo N° 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto -durante el período comprendido entre el 1 de julio al 31 de diciembre de 2020- habría incumplido lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 17 de la referida norma; para lo cual le otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.

- 2.3. Mediante carta TDP-1740-AG-ADR-22, recibida el 22 de abril de 2022, TELEFÓNICA solicitó a la DFI se le conceda una prórroga de diez (10) días hábiles adicionales al plazo inicialmente otorgado por la carta mencionada en el párrafo anterior, a fin de formular sus descargos.



- 2.4. Con carta N° 00955-DFI/2022, notificada el 27 de abril de 2022, la DFI le concedió a TELEFÓNICA una prórroga de cinco (05) días hábiles para la presentación de sus descargos, el cual venció -indefectiblemente- el 3 de mayo de 2022, sin que estos hayan sido presentados.
- 2.5. Con fecha 18 de mayo de 2022, la DFI remitió el Informe Final de Instrucción a la Gerencia General; el mismo que fue puesto en conocimiento de TELEFÓNICA con carta C. 00350-GG/2022, notificada el 23 de mayo de 2022, a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles
- 2.6. A través de la carta TDP-2229-AG-ADR-22 recibida el 31 de mayo de 2022, TELEFÓNICA presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción, en el cual además solicitó una audiencia de informe oral.
- 2.7. Mediante la carta C.00396-GG/2022, notificada el 2 de junio de 2022, la Gerencia General denegó la solicitud de audiencia de informe oral presentada por TELEFÓNICA a través de la carta TDP-2229-AG-ADR-22.
- 2.8. Mediante Resolución N° 206-2022-GG/OSIPTEL, de fecha 4 de julio de 2022, la Gerencia General resolvió multar a TELEFÓNICA con 47,5 UIT, por la comisión de la infracción LEVE tipificada en el artículo 2 del Anexo N° 5 del TEO de las Condiciones de Uso, por cuanto incumplió con lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 17 de la norma referida.
- 2.9. TELEFÓNICA mediante Carta N° TDP-2843-AG-ADR-22 recibida con fecha 26 de julio de 2022, interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 206-2022-GG/OSIPTEL.
- 2.10. El 1 de agosto de 2022, mediante Resolución N° 239-2022-GG/OSIPTEL, la Gerencia General decidió encauzar el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA a través de la carta N° TDP-2843-AG-ADR-22 presentada el 26 de julio de 2022, como un Recurso de Apelación.

### **III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA**

De conformidad con lo establecido en los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>1</sup> (en adelante, TEO de la LPAG) y el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes, Reglamento de Fiscalización, Infracciones y sanciones, y, en adelante RGIS)<sup>2</sup>, 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.

### **IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

Los fundamentos del Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA son los siguientes:



<sup>1</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.

<sup>2</sup> Debe indicarse que el Consejo Directivo del OSIPTEL, a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

- 4.1. La resolución apelada vulneraría el Principio de Razonabilidad, debido a que se habría iniciado un PAS, por presuntos incumplimientos en centros poblados que no tienen antecedentes de infracción.
- 4.2. La empresa operadora solicita la aplicación de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, debido a que se habría cesado con los incumplimientos detectados antes del inicio del presente procedimiento.

## V. CUESTIÓN PREVIA

### 4.1. Sobre la naturaleza del Recurso de Reconsideración

Los artículos 120 y 217 del TUO de la LPAG establecen que, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos, es decir el recurso de reconsideración y el de apelación.

Ahora bien, conforme establece 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 la impugnación y debe sustentarse en nueva prueba, salvo actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia. Además, es importante indicar que este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación. Mientras que el recurso de apelación, conforme establece el artículo 220, se sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestionamientos de puro derecho, y quien resuelve es el superior jerárquico.

Además, es importante señalar que el recurso de reconsideración tiene como finalidad que la misma autoridad que resolvió el procedimiento evalúe la nueva prueba aportada por el administrado y, sobre la base de dicho análisis, pueda modificar su pronunciamiento, de ser el caso. Sin embargo, la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración debe ser entendida como la presentación de un nuevo medio probatorio que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos controvertidos, toda vez que solo así se justificaría que la misma autoridad administrativa tenga que revisar su propio análisis.

Precisamente, en esa línea, la doctrina<sup>3</sup> señala que: “... *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 en 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 reconsideración*”.

Por su parte, respecto a la naturaleza de la nueva prueba que debe ser presentada como requisito en el recurso de reconsideración, el Poder Judicial<sup>4</sup> ha señalado lo siguiente: “la

<sup>3</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

<sup>4</sup> RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 000438-2021-GG-PJ

Ver información en el link:

<https://www.pi.gob.pe/wps/wcm/connect/1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9/RESOLUCION+ADMINISTRATIVA+438-2021-GG-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9>



nueva prueba debe servir para demostrar algún nuevo hecho o circunstancia, idea que es perfectamente aplicable a la finalidad del recurso de reconsideración, la cual es controlar las decisiones de la administración en términos de verdad material y ante la posibilidad de la generación de nuevos hechos”.

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<sup>5</sup>.

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.

En el mismo sentido, recientemente el Consejo Directivo ha aprobado un precedente de observancia obligatoria mediante la Resolución N° 169-2022-CD/OSIPTEL, en el marco del Expediente N° 0096-2021-GG-DFI/PAS, el cual señala:

*"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”.*

Así, en el caso en concreto, se advierte que, la carta N° TDP-2843-AG-ADR-22 presenta argumentos jurídicos sobre los hechos materia de controversia, los cuales exponen discrepancias de la empresa operadora con cuestiones de puro derecho desarrolladas por la Primera Instancia. Por ende, con la finalidad de cautelar el derecho de defensa del administrado y en el marco del contenido jurídico de los principios de Debido Procedimiento,

<sup>5</sup> 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/DFAI

Ver información en el link:

[https://www.oefa.gob.pe/?wpfb\\_dl=31028#:~:text=El%20recurso%20de%20reconsideraci%C3%B3n%20se,no%20se%20requiere%20nueva%20prueba.](https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=31028#:~:text=El%20recurso%20de%20reconsideraci%C3%B3n%20se,no%20se%20requiere%20nueva%20prueba.)



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 N° 206-2022-GG/OSIPTEL.

En ese sentido, se concluye que, tal como ha señalado la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 239-2022-GG/OSIPTEL, correspondía encauzar el escrito de fecha 3 de agosto de 2021 para ser tramitado como un Recurso de Apelación.

## VI. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre los argumentos señalados por TELEFÓNICA en su Recurso de Apelación, esta Oficina considera lo siguiente:

### 6.1. Respecto a la vulneración del Principio de Razonabilidad

TELEFÓNICA afirma que no es razonable iniciar un PAS para centros poblados que no habrían sido imputados por presuntas infracciones en los periodos evaluados anteriores, por lo tanto, a razón del esquema preventivo implementado por el OSIPTEL, a través de la Resolución N° 259-2022-CD/OSIPTEL, el cual señala que, “excepcionalmente ante la detección de presuntas infracciones, dependiendo de las circunstancias de la comisión y la gravedad de la afectación al bien jurídico protegido, se podrá recomendar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador”; no se debería calificar el caso para ser pasible de un PAS o una sanción, sino una recomendación o, por último, un compromiso de mejora.

Con relación a ello, es preciso indicar que el argumento de TELEFÓNICA al referirse a “centros poblados” y posibles “compromisos de mejora”, está haciendo referencia a una normativa distinta a la imputada en el presente PAS, toda vez que dichos aspectos guardan relación con las obligaciones contenidas en el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>6</sup>, siendo que por la infracción imputada, esto es, el incumplimiento del quinto párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso vigente en el periodo evaluado, no se ha previsto la posibilidad de presentar un compromiso de mejora.

Sin perjuicio de ello, respecto al test de razonabilidad realizado por la Gerencia General en el presente PAS, corresponde mencionar que, esta ha desarrollado cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG y en el RGIS, acotando el análisis de cada uno de ellos a los hechos observados en el presente expediente.

Además, cabe recalcar, tal como lo señaló la Gerencia General, que en el Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL -hoy Reglamento General de Fiscalización<sup>7</sup>- según el texto vigente al momento de realizada la supervisión que dio origen al presente PAS- establecía la figura de la “Comunicación

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, el artículo 13 de dicha norma dispone:

**“Artículo 13.- Compromiso de Mejora**

*Es un compromiso presentado por la empresa operadora que implica el desarrollo de un conjunto de acciones, cuya finalidad es el cumplimiento de los indicadores de calidad (CV, CCS y TEMT). Su ejecución no podrá exceder al siguiente periodo de evaluación.*

<sup>7</sup> En virtud de lo dispuesto por la Norma que modifica el Reglamento General de Supervisión, aprobada por Resolución N° 00259-2022-CD/OSIPTEL”



Preventiva”<sup>8</sup>, como aquella que comunica el resultado del monitoreo respecto de una obligación, con la finalidad que la empresa operadora adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados.

De acuerdo a ello, tenemos que si bien el enfoque de prevención en la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL se encontraba materializado en la realización de monitoreos a través de los cuales se buscaba tomar conocimiento del comportamiento de las empresas operadoras y, de ser el caso, prevenir la comisión de futuras infracciones; tal situación no se verificó en el presente caso, resultando inaplicable la Comunicación Preventiva, pues los hechos que dieron inicio al presente PAS fueron analizados en el marco de una supervisión -y no de un monitoreo- iniciada en el año 2020.

De igual forma, tampoco resultaba de aplicación al momento de iniciar el presente PAS, una “Medida de Advertencia”, al no encontrarse dentro de los supuestos contemplados en el artículo 30 de la Resolución indicada<sup>9</sup>.

Resulta necesario precisar si bien mediante la Resolución N° 00259-2022- CD/OSIPTEL vigente desde el 8 de enero de 2022, se modificó el Reglamento General de Fiscalización, manteniéndose el enfoque preventivo previsto en la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL, incluyendo para tal efecto, la regulación de las “Fiscalizaciones Preventivas”; debe considerarse, que habiéndose concluido la supervisión que dio pie al inicio del presente PAS, no cabría la aplicación de tales modificaciones.

De otro lado, respecto de la imposición de una Medida Correctiva, establecida en el artículo 23 del RGIS, cabe indicar que dicha facultad se utilizará según la trascendencia del bien jurídico protegido y afectado en el caso concreto; es decir, la elección de dicha medida no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

Asimismo, se debe tener en cuenta que en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 00056-2017-CD/OSIPTEL -que modificó el RGIS-, se sugiere que las Medidas Correctivas se apliquen en casos de infracciones administrativas de reducido beneficio ilícito, cuya probabilidad de detección sea elevada y en la que no se han presentado factores agravantes.

<sup>8</sup> **Artículo 7.- Comunicación Preventiva**

La Gerencia de Fiscalización y Supervisión podrá comunicar a la entidad supervisada el resultado del monitoreo respecto de una determinada obligación, con la finalidad que ésta adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados.”

(Subrayado agregado)

<sup>9</sup> **Artículo 30.- Medidas de Advertencia**

(...) Basado en el principio de Razonabilidad, la medida de advertencia se podrá emitir en los siguientes casos:

a) Cuando el incumplimiento versa sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de dicha entrada en vigencia.

b) En el marco de la primera acción de supervisión sobre determinada materia que se realiza a una entidad supervisada dentro del primer año en que, en virtud de su reciente título habilitante, inicia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

c) Que el incumplimiento detectado en la acción de supervisión haya sido corregido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de su detección y comunicado al OSIPTEL a más tardar al día hábil siguiente del vencimiento de dicho plazo, así como que se estime que la conducta infractora no causó daño efectivo o potencial.

d) Cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la que se refiere el artículo 16 del presente Reglamento, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria Final.

e) Que la entidad supervisada se exceda hasta en tres (3) días del plazo establecido para la entrega de información solicitada mediante escrito del OSIPTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio.

(...)”



Sin embargo, la totalidad de dichas circunstancias no se han presentado en el presente PAS, toda vez que la supervisión del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso no se realiza de manera periódica y se encuentra limitada -en gran medida- por la información que remita la empresa (disponibilidad de información de modelos y contratos suscritos), con lo cual la probabilidad de detección no podría ser considerada alta.

De forma adicional, debe resaltarse que no es la primera vez que nos encontramos frente al incumplimiento del quinto párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso por parte de TELEFÓNICA. De hecho, el incumplimiento detectado respecto al quinto párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso por parte de TELEFÓNICA no se trató de una situación excepcional u aislada, toda vez que este se dio en un periodo anterior y distinto al analizado en este PAS.

A ello debe agregarse que de la totalidad de los modelos de contratos analizados - cincuenta y cuatro (54)- la conducta detectada por la DFI se extendió a cuarenta (40) de ellos, lo cual implica que el porcentaje de incumplimiento por parte de la empresa operadora ascendió al setenta y cuatro por ciento (74 %) de los modelos de contratos de abonados revisados.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las circunstancias bajo las cuales se dio el incumplimiento imputado en este procedimiento, la no aplicación de una Medida Correctiva no se aparta de los parámetros del Principio de Razonabilidad, considerando que se adoptará la medida administrativa que resulte proporcional a los fines que se pretende alcanzar a fin de que la empresa operadora ajuste su conducta al cumplimiento del marco normativo.

Por lo tanto, no se habría afectado el Principio de Razonabilidad.

## **6.2. Respetto a la exigente de responsabilidad por subsanación voluntaria**

TELEFÓNICA argumenta que habría cesado los incumplimientos detectados por infracción del artículo 27 del TUO del Reglamento de Portabilidad y el numeral x) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso. Esto debido a que el 3 de diciembre de 2020, el OSIPTEL habría aprobado 11 contratos tipo para los servicios públicos de telecomunicaciones, a través de la Resolución N° 311-2020-GG/OSIPTEL. Con ello, desde el 2021, Telefónica habría cesado los incumplimientos imputados y se habría configurado la subsanación voluntaria, la misma que se habría dado antes del inicio del presente PAS.

Con relación a ello, en primer término, es preciso señalar que la imputación en el presente caso está referida al incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso vigente durante el periodo evaluado comprendido entre del 1 de julio al 31 de diciembre de 2020.

Ahora bien, en cuanto a la condición exigente de responsabilidad por subsanación voluntaria, a partir de lo dispuesto en el artículo 257 del TUO de la LPAG y el artículo 5 del RGIS, esta se configura con la concurrencia de los siguientes elementos:

- (i) Subsanación del acto u omisión constitutivo de infracción, lo cual incluye el cese de la conducta y la reversión de efectos, de ser el caso;
- (ii) Voluntariedad de la subsanación, y
- (iii) Subsanación antes de la notificación de la imputación de cargos.





En esa línea, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>10</sup> ha señalado que la subsanación voluntaria no solo consiste en el cese de la conducta infractora, sino que, cuando corresponda, la subsanación implica la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido derivados de la conducta infractora. Ello, con la finalidad de no generar impunidad y evitar que el imputado se apropie del beneficio ilícitamente obtenido por la infracción.

Asimismo, el Consejo Directivo se ha pronunciado en el sentido que la subsanación no debe ser entendida únicamente como una adecuación de la conducta a lo establecido en la norma, sino también a la corrección de los efectos derivados de la conducta infractora. Ahora bien, atendiendo a las particularidades de cada caso, se advertirá que no siempre procede aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, debido a que existirán situaciones en las que no es posible subsanar los efectos de la conducta infractora.

Atendiendo a ello, esta Oficina coincide con la Primera Instancia respecto a que en el presente caso, no resulta factible la reversión de los efectos de la conducta infractora, en la medida que constituye un supuesto que se agota en la mera realización de la conducta (infracción de resultado), por lo que un reconocimiento posterior de los hechos o la corrección de estos, no desvirtúa en ningún caso la infracción incurrida, una vez que esta ha sido determinada, tal como ocurrió en este caso en el que se detectó que TELEFÓNICA había utilizado contratos cuyas cláusulas no se ajustaban a lo dispuesto por el marco normativo vigente, lo cual a su vez habría afectado los derechos de los usuarios que suscribieron dichos modelos de contrato, toda vez que estos no contaron con la información correcta respecto a los plazos en los que se lleva a cabo la portabilidad, las causales por las cuales la empresa operadora podía dar por terminado el contrato de prestación del servicio y los plazos de vigencia para las recargas y saldos provenientes de las tarjetas de pago.

Por lo tanto, debido a que el incumplimiento de la referida conducta se agota en el mismo momento en que se produce, puesto que no es posible que se produzca la reversión de la misma, no es pasible de ser objeto de una eximente de responsabilidad, debido a que no cumple con el requisito de reversión de efectos establecido en el artículo 5 del RGIS.

Adicionalmente, cabe resaltar que la empresa operadora no ha remitido ningún medio probatorio que acredite haber cesado la conducta infractora; es decir, haber adecuado los modelos de contrato analizados a la normativa vigente.

Con relación a ello, debe indicarse que si bien en un PAS, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponden al administrado que los plantea.

En esa línea, Nieto<sup>11</sup> -haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español- señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad; y, de ser el caso, atenuantes.

En ese sentido, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

<sup>10</sup> Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Segunda Edición. 2017. Pág. 46.

<sup>11</sup> NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. Página N° 424.



### 6.3. Sobre la 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 Constitucional<sup>12</sup> 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 motivadas<sup>13</sup>.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo<sup>14</sup>, 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)

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 RGIS<sup>15</sup> 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.

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.

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 el Consejo Directivo resuelva el Recurso de Apelación; es decir, dicha documentación genera la convicción necesaria para pronunciarse sobre el mismo.

<sup>12</sup> Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA.

<sup>13</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Disposición incluida mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.



Por lo expuesto, esta Oficina considera que no corresponde otorgar el informe oral solicitado por TELEFÓNICA.

**VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN**

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, contra la Resolución N 206-2022-GG/OSIPTEL y, en consecuencia, CONFIRMAR todos sus extremos.

Atentamente,

