

A	:	DAVID VILLAVICENCIO FERNANDEZ GERENTE GENERAL (E)
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	CRITERIOS EMITIDOS POR EL CONSEJO DIRECTIVO EN LA RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES
FECHA	:	12 de noviembre de 2020

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADA ESPECIALISTA EN TEMAS REGULATORIOS	CLAUDIA GIULIANA SILVA JAUREGUI
	ANALISTA LEGAL	GERARDO PANDO ARRASCO
	ABOGADO ESPECIALISTA EN TEMAS DE INTERCONEXIÓN	STEFANI BLAS OCHOCHOQUE
	COORDINADOR LEGAL	JOHAN ROSALES HEREDIA
REVISADO Y APROBADO POR	JEFE DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. OBJETIVO

Constituye objeto del presente informe compilar los criterios procedimentales y sustantivos más relevantes adoptados por el Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL), en las resoluciones emitidas durante el periodo de enero 2017 a diciembre de 2019, en los procedimientos administrativos sancionadores que han sido tramitados ante la segunda instancia.

II. MARCO NORMATIVO

En principio, es importante señalar que la facultad sancionadora del OSIPTEL se encuentra establecida en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336¹ (en adelante, LDFF), cuyo artículo 24 se cita a continuación:

“Artículo 24.- Facultad sancionadora y de tipificación

24.1 OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley. (...)”

Por su parte, el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM² (en adelante, Reglamento del OSIPTEL), precisa que el órgano competente para ejercer la función fiscalizadora y sancionadora en segunda instancia es el Consejo Directivo. Así, se tiene lo siguiente:

“Artículo 41.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función Fiscalizadora y Sancionadora

La función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte. Dicha función es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL y en segunda instancia, en vía de apelación, por el Consejo Directivo. (...)”

En esa misma línea, el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL³ (en adelante, RFIS), establece que, en materia sancionadora, los actos administrativos emitidos por la Gerencia General y el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios – TRASU, son recurribles en vía de apelación ante el Consejo Directivo⁴.

Ahora bien, el numeral 1.2 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004- 2019-

¹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 5 de agosto de 2000

² Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 2 de febrero de 2001

³ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 4 de julio de 2013

⁴ ***“Artículo 27.- Impugnación de actos administrativos***

La impugnación de actos administrativos emitidos en el marco del presente Reglamento, se sujeta a las siguientes reglas:

(i) Los actos administrativos emitidos por la Gerencia General son recurribles en vía de reconsideración o apelación. Una vez presentado el recurso de apelación, la Gerencia General elevará el expediente al Consejo Directivo del OSIPTEL, cuyo pronunciamiento pondrá fin a la vía administrativa.

(ii) Los actos administrativos emitidos por el TRASU son recurribles vía de reconsideración o apelación. Una vez presentado el recurso de apelación, el TRASU elevará el expediente al Consejo Directivo del OSIPTEL, cuyo pronunciamiento pondrá fin a la vía administrativa. (...)”



JUS⁵ (en adelante, TUO de la LPAG), establece que uno de los principios en los que se sustenta el procedimiento administrativo es el debido procedimiento, el mismo que – entre otros puntos- implica que los administrados tienen derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho por parte de la autoridad competente. Incluso, en el artículo 3 del mencionado cuerpo normativo, se dispone que la motivación constituye un requisito de validez de los actos administrativos.

En ese contexto, se ha observado que las Resoluciones emitidas por el Consejo Directivo durante el periodo de evaluación, en el marco de procedimientos administrativos sancionadores, han establecido criterios resolutivos respecto a diversas materias del sector de telecomunicaciones y del derecho administrativo, que ameritan ser puestas a conocimiento de los Órganos Resolutivos de Primera Instancia, los Órganos de Instrucción y los administrados.

III. ANÁLISIS

Para efectos del presente informe, se han analizado un total de doscientos veinte (220) resoluciones emitidas por el Consejo Directivo del OSIPTEL, en el marco de procedimientos administrativos sancionadores, durante el periodo comprendido entre los meses de enero de 2017 a diciembre de 2019.

Asimismo, cabe indicar que las conductas de las empresas operadoras que han sido materia de los procedimientos administrativos sancionadores se encuentran detalladas en el Anexo 1 del presente documento.

Ahora bien, es importante señalar que en algunos casos el marco normativo vigente al momento en que fue cometida la conducta infractora ha sido modificado y/o derogado; no obstante, el presente informe recoge los criterios más relevantes emitidos por el Consejo Directivo del OSIPTEL respecto de obligaciones normativas que, a la fecha, se encuentran vigentes.

Finalmente, corresponde precisar que para la elaboración del presente documento se ha tomado en cuenta los criterios ya desarrollados en el Informe N° 032-GAL/2018 que analizó las Resoluciones de Consejo Directivo emitidas durante el periodo de julio de 2012 a diciembre de 2016. En esa línea, a los criterios ya incorporados en dicho Informe se adicionan las que se expondrán en el siguiente numeral, en tanto ninguno de los criterios resolutivos ha sido modificado.



⁵ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de enero de 2019.

3.1. CRITERIOS RESOLUTIVOS

3.1.1. Sobre el la naturaleza del reconocimiento de la responsabilidad⁶

El numeral 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG⁷, en concordancia con el artículo 18 del RFIS⁸, dispone que constituye atenuante de responsabilidad si el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

Al respecto, el reconocimiento de responsabilidad debe efectuarse de forma clara y precisa respecto a los actos u omisiones constitutivos de infracción y no sólo algunos de ellos; por lo cual, no constituye reconocimiento de responsabilidad aquella comunicación de la empresa operadora que contiene expresiones ambiguas, contradictorias, parciales o poco claras respecto a la comisión de la(s) infracción(es) imputada(s) por la autoridad administrativa.

Siendo ello así, el reconocimiento de responsabilidad debe representar la expresa convicción de haber cometido una conducta infractora y no solamente a detallar los hechos materia de imputación; ello, a efectos que, la empresa operadora tome real conciencia que la conducta desplegada constituye una infracción administrativa que no debe repetirse.

Cabe agregar que, el reconocimiento de responsabilidad administrativa no implica que la empresa operadora no pueda cuestionar la cuantía de la sanción a imponer; lo cual no significa de modo alguno, que la empresa operadora pueda cuestionar el hecho imputado o la razonabilidad del inicio del procedimiento administrativo sancionador de manera implícita.

No obstante, las empresas operadoras no pueden solicitar la aplicación del atenuante responsabilidad bajo el reconocimiento expreso de los actos u omisiones constitutivos de infracción administrativa y a su vez formular argumentos paralelos o subordinados orientados a la conclusión del procedimiento administrativo sancionador.

Criterio:

“El reconocimiento de responsabilidad debe representar la expresa convicción de haber cometido la(s) conducta(s) imputadas; por lo que, dicha comunicación debe efectuarse de forma clara y precisa respecto a cada acto u omisión constitutivo de infracción”.

“La empresa operadora que solicite la aplicación del atenuante responsabilidad bajo el reconocimiento expreso de los actos u omisiones constitutivos de infracción administrativa podrá cuestionar la cuantía

⁶ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de las Resoluciones N° 085-2017/CD-OSIPTEL, N° 092-2017/CD-OSIPTEL, 107-2017/CD-OSIPTEL, N° 006-2018/CD-OSIPTEL, N° 226-2018/CD-OSIPTEL, N° 054-2019-CD/OSIPTEL, N° 056-2019-CD/OSIPTEL y N° 175-2019-CD/OSIPTEL.

⁷ “Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

(...)

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

(...)

⁸ “Artículo 18.- Graduación de las Sanciones y Beneficio por Pronto Pago

i) Son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

Los factores mencionados se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.



de la sanción a imponer; lo cual no significa que ésta pueda cuestionar el hecho imputado o la razonabilidad del inicio del procedimiento administrativo sancionador de manera implícita”.

“La empresa operadora no pueden solicitar el atenuante responsabilidad bajo el reconocimiento expreso de los actos u omisiones constitutivos de infracción administrativa y a su vez formular argumentos paralelos o subordinados orientados a la conclusión del procedimiento administrativo sancionador”.

3.1.2. Sobre la oportunidad del reconocimiento de responsabilidad⁹

El numeral 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG dispone que iniciado el procedimiento administrativo sancionador la empresa operadora podrá reconocer la responsabilidad administrativa por la(s) infracción(es) incurrida(s); sin embargo, dicha disposición normativa no establece hasta cuando la empresa operadora puede invocar dicho atenuante de responsabilidad.

Así, en la medida que la oportunidad del reconocimiento de responsabilidad incide directamente en la graduación de la reducción de sanción, se considera razonable establecer la oportunidad en la cual se solicita el atenuante de responsabilidad; por lo que, la empresa operadora podrá invocar la aplicación de dicho atenuante luego de la notificación de imputación de cargos hasta antes de la emisión de la resolución que imponga la sanción respectiva.

Criterio:

“La empresa operadora podrá formular el reconocimiento de responsabilidad luego de la notificación de imputación de cargos hasta antes de la emisión de la resolución que imponga la sanción respectiva, cuya oportunidad será considerada al momento de determinar la sanción.”

3.1.3. Sobre la interposición de los recursos impugnatorios en las unidades de trámite¹⁰

El numeral 218.2 del artículo 218 del TUO de la LPAG establece que el plazo para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días hábiles. Asimismo, conforme el numeral 142.1 del artículo 142 del TUO de la LPAG, los plazos son entendidos como máximos; por lo que, el plazo para interponer los recursos es un plazo perentorio.

Ahora bien, con la finalidad de cumplir la referida obligación, y en marco de los artículos 128¹¹ y 130¹² del TUO de la LPAG, el OSIPTEL cuenta con unidades de recepción documentario –

⁹ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resoluciones N° 005-2017/CD-OSIPTEL, N° 085-2017/CD-OSIPTEL, N° 092-2017/CD-OSIPTEL, 094-2017/CD-OSIPTEL, 096-2017/CD-OSIPTEL 104-2017/CD-OSIPTEL y N° 226-2018/CD-OSIPTEL.

¹⁰ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 037-2017/CD-OSIPTEL.

¹¹ “Artículo 128.- Recepción documental

128.1 Cada entidad tiene su unidad general de recepción documental, trámite documentado o mesa de partes, (...)

128.2 Tales unidades están a cargo de llevar un registro del ingreso de los escritos que sean presentados y la salida de aquellos documentos emitidos por la entidad dirigidos a otros órganos o administrados. Para el efecto, expiden el cargo, practican los asientos respectivos respetando su orden de ingreso o salida, indicando su número de ingreso, naturaleza, fecha, remitente y destinatario. Concluido el registro, los escritos o resoluciones deben ser cursados el mismo día a sus destinatarios.
(...)”

¹² “Artículo 130.- Reglas generales para la recepción documental

Los escritos que los administrados dirigen a las entidades pueden ser presentados de modo personal o a través de terceros, ante las unidades de recepción de:

1. Los órganos administrativos a los cuales van dirigidos.

(...)”



esto es, Mesa de Partes— que se encuentran habilitadas para registrar la recepción de los recursos impugnatorios¹³.

Asimismo, debe indicarse que el horario de atención de la Mesa de Partes es establecido por cada entidad, de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 149 del TUO de la LPAG, debiendo considerarse como horas hábiles y que, en ningún caso la atención a los usuarios pueda ser inferior a ocho (8) horas diarias consecutivas.

Criterio:


“Las empresas operadoras se encuentran obligadas a presentar, dentro plazo legal correspondiente, los recursos administrativos en las unidades de recepción documentario –esto es, Mesa de Partes– que se encuentran habilitadas para registrar el ingreso de los recursos impugnatorios; motivo por el cual, la empresa operadora no podrá emplear otros mecanismos para dicho fin”.

3.1.4. Sobre la determinación de responsabilidad por el incumplimiento del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso¹⁴

El artículo 120¹⁵ del TUO de las Condiciones de Uso establece que la empresa operadora tiene la obligación de suministrar al abonado y a OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117.


Cabe precisar que, si bien el referido artículo no establece el plazo para el cumplimiento de la entrega de la información, corresponde que la empresa operadora remita la información dentro del plazo establecido en el requerimiento efectuado por el OSIPTEL, conforme a lo dispuesto en el numeral 13.1 del artículo 13¹⁶ de la LDFF del OSIPTEL y el numeral 151.1 del artículo 151¹⁷ del TUO de la LPAG.


Ahora bien, existirá responsabilidad administrativa por el incumplimiento del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso la misma norma, considerando lo previsto en el artículo 117

¹³ Si bien la Resolución materia de análisis fue emitida por el Consejo Directivo en el año 2017; es pertinente indicar que, como consecuencia de la declaratoria de Emergencia Sanitaria a causa del COVID -19, mediante Resolución N° 041-2020-PD/OSIPTEL publicada el 3 de mayo de 2020 en el diario Oficial “El Peruano”, la Presidencia del OSIPTEL aprobó las reglas para el uso de la Mesa de Partes Virtual del OSIPTEL señalando, entre otros aspectos, los siguientes:


“La Mesa de Partes Virtual es un canal alternativo que el OSIPTEL pone a disposición del administrado, a través del envío de información vía el correo electrónico sid@osiptel.gob.pe, sin perjuicio de la opción de utilizar la Mesa de Partes Presencial”.

“El Administrado podrá presentar documentos sin restricción de horarios. Sin embargo, la recepción se efectuará de acuerdo con el horario de Mesa de Partes Presencial del OSIPTEL (lunes a viernes de 08:45 a.m. a 04:45 p.m.). Pasado este horario, la documentación podrá ser presentada, pero se dará por recibida, a partir del día hábil siguiente”.

¹⁴ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resoluciones N° 078-2017/CD-OSIPTEL, 091-2017/CD-OSIPTEL, N° 152-2018/CD-OSIPTEL y N° 176-2018-CD/OSIPTEL.

¹⁵ **“Artículo 120.- Carga de la prueba**
La carga de la prueba respecto de la solicitud y/o aceptación a que se refiere el artículo 117 y de lo dispuesto en el artículo 118, corresponde a la empresa operadora.

La empresa operadora tiene la obligación de suministrar al abonado y a OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117.”

¹⁶ **“Artículo 13.- Plazos y condiciones para la entrega de información**
13.1 OSIPTEL establecerá los plazos, condiciones y formas para la entrega de información, los cuales deberán ser obligatoriamente observados por la empresa supervisada para la entrega de la información requerida, atendiendo a su tipo, disponibilidad y volumen. Ello incluye la posibilidad de OSIPTEL para presentar formularios o formatos a ser llenados por la empresa supervisada.
(...)”

¹⁷ **“Artículo 151.- Efectos del vencimiento del plazo**
151.1 El plazo vence el último momento del día hábil fijado, (...)”

del TUO de la misma norma referido a la finalidad de los mecanismos de contratación, cuando la empresa operadora incurre en cualquiera de las siguientes conductas:

- (i) No suministrar información que acredite la solicitud y/o aceptación de la contratación del servicio (mecanismos de contratación no remitidos).
- (ii) No suministrar información que acredite la solicitud y/o aceptación de algunos términos contractuales o de prestaciones específicas (mecanismos de contratación incompletos).
- (iii) No suministrar la información que acredite la solicitud y/o aceptación de la contratación del servicio dentro del plazo establecido por el OSIPTEL.

En tal sentido, es correcto atribuir responsabilidad por el incumplimiento del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso, en tanto se detecte cualquiera de las conductas antes señaladas; ello, en la medida que la omisión o cumplimiento parcial del requerimiento formulado por el OSIPTEL no permitiría acreditar, efectivamente, la solicitud y/o aceptación de la contratación por el abonado.

Criterio:

“Corresponde atribuir responsabilidad por incumplimiento del artículo 120 del TUO de las Condiciones de Uso en caso la empresa operadora:

- (i) *No remita la solicitud y/o aceptación de la contratación del servicio;*
- (ii) *Remita fuera del plazo la solicitud y/o aceptación de la contratación del servicio;*
- (iii) *Se remita de manera incompleta la solicitud y/o aceptación de algunos términos contractuales o de prestaciones específicas”.*

3.1.5. Sobre la improcedencia de retroactividad benigna cuando se mantiene la calificación de la conducta infractora¹⁸

El numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG establece que, en virtud al Principio de Irretroactividad o Retroactividad Benigna, corresponde aplicar las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de la comisión de la infracción, salvo que las nuevas le sean más favorables.

Al respecto, MORÓN¹⁹ sostiene que: “Si la norma posterior contempla una sanción más benigna, establece plazos inferiores de prescripción, deroga el carácter ilícito de la conducta, si modifica los elementos del tipo de modo que no aplique a los hechos incurridos, será de aplicación al caso concreto la norma posterior de manera retroactiva.”

En ese sentido, la aplicación del Principio de Irretroactividad o Retroactividad Benigna no corresponde ante cualquier cambio normativo sobre la obligación a cargo de la empresa operadora, en tanto dicha modificación normativa debe constituir –efectivamente– una condición más favorable que beneficie a la empresa operadora.

Así, por ejemplo, corresponde destacar que, en el marco de los cambios normativos respecto al artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso, se emitió la Resolución N° 056-2015-

¹⁸ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resoluciones N° 043-2017/CD-OSIPTEL y N° 049-2018/CD-OSIPTEL.

¹⁹ MORÓN, J. (2018) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo II, décimo tercera edición, Lima: Gaceta Jurídica, p. 426.



CD/OSIPTEL la cual si bien modificó el mecanismo de verificación²⁰ de identidad del abonado e incorporó nuevas reglas en relación al registro de abonados; ello, no implicó que alguna variación respecto a la obligación a cargo de la empresa operadora (esto es, la verificación de identidad), la tipicidad y calificación de la conducta infractora prevista en el artículo 4 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso.

Criterio:

“No corresponde aplicar el Principio de Retroactividad Benigna ante cualquier cambio normativo sobre la obligación a cargo de la empresa operadora, en tanto dicha modificación normativa debe constituir –efectivamente– una condición más favorable”.

3.1.6. Aplicación de normativa más favorable, en relación a artículos 17 y 21 del RGIS y 9 y 12 del RFIS²¹

El artículo 248 del TUO de la LPAG, establece el Principio de Irretroactividad, en el cual se señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto le favorecen, en efecto, el numeral 5 del referido artículo establece:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

(...)”

De la lectura del citado dispositivo, se colige que corresponderá aplicar las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Sin embargo, del análisis de lo dispuesto en los artículos 17 y 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones²² (RGIS), norma derogada por el RFIS, no se advierte favorabilidad de una sobre la otra, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:



²⁰ Al respecto, la Resolución N° 043-2017/CD-OSIPTEL precisa lo siguiente:

“(…) debe tenerse en consideración que la modificación del mecanismo de verificación de identidad del abonado, a través de un sistema biométrico y no biométrico, no constituyó una normas más favorable para las empresas operadoras en la medida que la implementación del nuevo sistema de verificación implica adoptar mecanismos distintos a los previstos en el procedimiento anterior”.

²¹ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 141-2017-CD/OSIPTEL.

²² Aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

RGIS	RFIS	Evaluación
"Artículo 17.- La empresa que haga entrega de información inexacta a OSIPTEL, incurrirá en infracción grave, sin perjuicio de la obligación de la empresa de presentar la información en los términos establecidos."	"Artículo 9.- Entrega de información inexacta La Empresa Operadora que haga entrega de información inexacta incurrirá en infracción grave."	<ul style="list-style-type: none"> • La conducta infractora es la misma (entrega de información inexacta). • La calificación de la infracción es la misma (grave).
"Artículo 21.- La empresa que se niegue, resista, obstruya, impida u obstaculice la realización y/o desarrollo de auditorías o inspecciones administrativas o verificaciones de los equipos y aparatos instalados para la prestación del servicio dispuestas en forma obligatoria por OSIPTEL, y en general, de acciones de supervisión dispuestas por OSIPTEL, incurrirá en infracción muy grave."	"Artículo 12.- Obstaculización de la acción de supervisión La Empresa Operadora que, por cualquier medio, demore, obstaculice y/o impida, ya sea la realización como el desarrollo de una acción de supervisión, así como, ejecute cualquier otra conducta activa u omisiva que afecte su objetivo, incurrirá en infracción muy grave."	<ul style="list-style-type: none"> • La conducta infractora es la misma (obstaculizar la acción de supervisión). • La calificación de la infracción es la misma (muy grave).

En tal sentido, corresponde seguir aplicando la norma vigente al momento de la comisión de la infracción, puesto que lo dispuesto en los artículos 9 y 12 no es más favorable.

Criterio:

"En el caso en que no se advierta que una norma posterior que regule la misma obligación resulte más favorable que la vigente al momento de la comisión de la infracción, será aplicable esta última."

3.1.7. Sobre la obligación de la empresa operadora de contar con un mecanismo de contratación en el caso de contrataciones fraudulentas²³

El artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, obliga a las empresas operadoras a seguir adecuadamente el procedimiento para la contratación del servicio y conservación del mecanismo de contratación.

"Artículo 9.- Celebración del contrato de abonado

(...)

La celebración del contrato de abonado se efectuará utilizando los mecanismos de contratación previstos en el Título XIII. En todos los casos, la empresa operadora estará obligada a conservar el contrato de prestación de servicios y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere, independientemente del mecanismo de contratación utilizado, así como de la modalidad de pago del servicio. La empresa operadora deberá conservar dicha documentación en tanto subsista la relación contractual con el abonado, salvo que el referido vínculo haya sido resuelto, en cuyo caso la empresa operadora deberá conservar el contrato de abonado hasta por un período de diez (10) años, contados a partir de la fecha de efectiva de terminación del contrato.(...)"

En relación a lo indicado, de la lectura del citado dispositivo se advierte que la empresa está obligada a conservar el mecanismo de contratación en tanto subsista la relación contractual con el abonado, una vez resuelto el contrato la empresa operadora debe conservar el contrato hasta por un periodo de diez años, contados a partir de la terminación del contrato.

En ese sentido, el TUO de las Condiciones de Uso no admite que un servicio público se preste sin consentimiento de su titular. En efecto, el cuestionamiento de titularidad es un mecanismo establecido por el OSIPTEL para brindar herramientas al usuario a fin que pueda desvincularse de un servicio que indebidamente figura bajo su titularidad. Tal mecanismo busca proteger a los usuarios sin que ello releve la responsabilidad de las empresas de seguir

²³ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 161-2017-CD/OSIPTEL.



adecuadamente los procedimientos de contratación y conservación del mecanismo de contratación.

En ese sentido, para el caso de contrataciones fraudulentas, no quiere decir que no exista un mecanismo de contratación, sino que no necesariamente tiene que haber sido suscrito por la persona que figura como titular de la línea, por tanto, debe existir algún documento que en el cual se sustente la contratación de la línea, sin importar que haya sido realizada de forma fraudulenta o no.

Criterio:

“La existencia de una contratación cuestionada o fraudulenta no exime a la empresa de sus obligaciones de seguir adecuadamente los procedimientos de contratación y conservación del mecanismo de contratación, siendo que dicho cuestionamiento no implica que no exista mecanismo de contratación, sino que este no necesariamente tiene que haber sido suscrito por la persona que figura como titular de la línea”.

3.1.8. Reversión de efectos en resoluciones del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) que ordenan a la empresa operadora que proceda en un plazo determinado a la activación de un servicio²⁴.

El artículo 257 del TUO de la LPAG y el artículo 5 del RFIS, en relación a la reversión de efectos y la subsanación voluntaria del administrado establecen lo siguiente:

“Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos (...)”

“Artículo 5.- Eximentes de responsabilidad

Se consideran condiciones eximentes de responsabilidad administrativa las siguientes:

(...)

iv) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el artículo 22.

Para tales efectos, deberá verificarse que la infracción haya cesado y que se hayan revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, la subsanación deberá haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación, expresamente consignado en carta o resolución.”

En el caso de resoluciones del TRASU que ordenan a la empresa operadora que proceda en un plazo determinado a la activación del servicio, el incumplimiento tiene como consecuencia la privación total de servicio, imposibilitando al usuario acceder al servicio público de telecomunicaciones en la oportunidad requerida, lo cual es imposible de revertir.

En efecto, en las resoluciones del TRASU que ordenan la activación del servicio, y que no son ejecutadas en el plazo establecido, si bien la conducta puede cesar en cuanto la empresa realice la activación del servicio, no es posible subsanar la conducta en tanto el usuario se

²⁴ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 042-2018-CD/OSIPTEL.



vio imposibilitado de utilizar el servicio durante el tiempo en el que no se ejecutó la activación. Por tanto, en dicha conducta no existe subsanación.

Criterio:

“En resoluciones del TRASU que ordenan a la empresa operadora que proceda en un plazo determinado a la activación de un servicio, el incumplimiento tiene como consecuencia la privación total de servicio, imposibilitando al usuario acceder al servicio público de telecomunicaciones en la oportunidad requerida, lo cual es imposible de revertir”.

3.1.9. Parámetro de inmediatez en el envío de mensajes de texto exigido en el artículo 11-E del TUO de las Condiciones de Uso²⁵

El artículo 11-E del TUO de las Condiciones de Uso, establece que en caso el abonado cuente con diez (10) servicios públicos móviles bajo su titularidad y decida contratar uno (1) o más servicios en una misma empresa operadora, únicamente podrá realizar la contratación del servicio en las oficinas o centros de atención de la empresa operadora, utilizando el mecanismo del sistema de validación biométrica de huella dactilar y en cada oportunidad que se contrate un nuevo servicio público móvil, la empresa operadora está obligada a remitir inmediatamente un mensaje de texto a cada uno de los servicios públicos móviles que el abonado tiene registrado con su documento legal de identificación.

En relación a lo indicado, si bien la normativa vigente no precisa expresamente en que tiempo deben ser remitidos dichos mensajes de texto, se considera como envío inmediato a aquellos mensajes de texto remitidos en un tiempo menor o igual a cinco (5) minutos, sustentado en que se encuentra dentro de un margen razonable que permite cumplir con dicha obligación.

En efecto, debe tenerse en consideración que si lo que se busca es alertar al abonado que un tercero está contratando un servicio a su nombre, y evitar ocasionarle diversos problemas en caso se realicen actos ilícitos, o un daño económico al imputárseles servicios que no han sido contratados, no es razonable pretender que el plazo para el envío del mensaje de texto se realice con posterioridad a la activación del servicio.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que en atención al método literal de interpretación de las normas, al acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se tiene que se define lo inmediato como aquello “contiguo o muy cercano a alguien o algo”, así como aquello “que sucede enseguida, sin tardanza”.

Complementariamente a ello, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00607-2009-PA/TC, ha precisado que aquello que se busca con la actuación inmediata no es otra cosa que brindar una tutela oportuna de los derechos fundamentales ante una situación manifiestamente injusta.

Criterio:

“Para efectos del cumplimiento del envío de mensajes de texto a los abonados cuando se activa una nueva línea a su nombre, se considera como envío inmediato a aquellos mensajes de texto remitidos en un tiempo menor o igual a cinco (5) minutos, con la finalidad de alertar al abonado..”

²⁵ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 282-2018-CD/OSIPTEL



3.1.10. Causal de abstención referida a la intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo²⁶.

Una de las causales de abstención establecidas en el artículo 99 del TUO de la LPAG, está referida a la intervención de la autoridad administrativa, como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración.

Para estar incurso en la referida causal de abstención, la intervención del asesor o autoridad en el procedimiento, debe estar referida al fondo del mismo, es decir, sobre la existencia de responsabilidad de la conducta del administrado, respecto a la comisión de determinada infracción.

En esa línea, se ha pronunciado la Sala de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, a través de la Resolución N° 1019-2011/SC1-INDECOPI, donde concluye que, cuando la opinión que la autoridad haya emitido anteriormente, no esté referida a conclusiones o pareceres definitivos sobre el fondo del procedimiento, no se encuentra ante la causal del numeral 2 del artículo 97° del TUO de la LPAG, tal como se advierte en el siguiente extracto: “(...) 23. En consecuencia, el Pleno de la Sala concluye que los funcionarios recusados no han emitido opinión sobre el asunto de fondo sometido a su pronunciamiento, puesto que la verificación de los requisitos que establece la normativa para el dictado de una medida cautelar no configura el supuesto de adelanto de opinión establecido en artículo 88.2 de la Ley 27444. (...)”

Criterio:

“Para estar incurso en la causal de abstención referida a la intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, la intervención debe estar referida a la existencia de responsabilidad de la conducta del administrado, respecto a la comisión de determinada infracción.”

3.1.11. Órgano competente para ampliar el plazo de caducidad²⁷.

El artículo 259 del TUO de la LPAG establece el plazo de caducidad del procedimiento administrativo sancionador en nueve (9) meses, el cual puede ser ampliado por tres (3) meses mediante una resolución debidamente motivada. En efecto, el numeral 1 del referido artículo establece:

“Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. *El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo.*

²⁶ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 106-2018-CD/OSIPTEL.

²⁷ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 115-2018-CD/OSIPTEL.



Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este. (...)

Ahora bien, cuando la norma se refiere a la ampliación del plazo de caducidad del procedimiento sancionador, se refiere –al órgano competente; por lo que se refiere indubitadamente, al órgano competente para resolver el procedimiento sancionador.

Así, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 del RFIS, son órganos competentes para imponer sanciones, entre otros, la Gerencia General y el TRASU.

Criterio:

“El órgano competente para ampliar el plazo de caducidad es el órgano encargado de resolver el procedimiento sancionador.”

3.1.12. Obligación de entrega de constancia de arribo al usuario en oficinas comerciales²⁸.

El artículo 9 del Reglamento de Calidad de Atención a Usuarios por parte de las empresas operadoras de servicios de telefonía fija y servicios públicos móviles, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 127-2013-CD/OSIPTEL establece la obligación de entrega de constancia de arribo al usuario en las oficinas comerciales, tal como se aprecia a continuación:

“Artículo 9.- Entrega de constancia de arribo al usuario en oficinas comerciales

Las empresas operadoras deberán entregar al usuario una constancia de arribo a la oficina comercial en el que se consigne información relativa a la fecha y la hora (a nivel de minutos) de entrega de la referida constancia.

Dicha constancia de arribo deberá ser entregada al usuario de manera inmediata a su llegada a la oficina comercial, independientemente si por razones de aforo no pudiera ingresar a ella.

Lo dispuesto en el presente artículo solo resulta aplicable a los trámites que se regulan en la presente norma.

La constancia de arribo entregada al usuario para una atención preferente, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27408, Ley que establece la atención preferente a las mujeres embarazadas, las niñas, niños, los adultos mayores, en lugares de atención al público, no requiere ser diferenciada en base al tipo de trámite que se solicite.”

De la lectura del citado dispositivo se advierte que, para cumplir con la obligación establecida en el artículo antes citado, las empresas operadoras deben cumplir con lo siguiente:

- (i) Entregar al usuario una constancia de arribo a la oficina comercial de manera inmediata a su llegada a la oficina comercial, independientemente si por razones de aforo no pudiera ingresar a ella, y;
- (ii) En la constancia se debe consignar información relativa a la fecha y la hora (a nivel de minutos) de entrega de la referida constancia.

Adicionalmente, el artículo 9 establece que la obligación de entrega de constancia de arribo solo resulta aplicable a los trámites que se regulan en el mismo Reglamento de Calidad de

²⁸ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 120-2018-CD/OSIPTEL.



Atención (reclamos, altas, bajas y consultas). Por tanto, resulta necesario que, de manera previa a la entrega de la constancia de arribo, la empresa operadora conozca el trámite que realizará el abonado y/o usuario, siendo por tanto necesaria una manifestación de este último en tal sentido.

En consecuencia, la empresa operadora no se encontrará obligada a efectuar la entrega de la constancia de arribo, si el usuario o abonado llega a la oficina comercial sin manifestar su voluntad o indicar de manera detallada el trámite que va a realizar en la oficina comercial.

Criterio:

“La empresa operadora no se encontrará obligada a efectuar la entrega de la constancia de arribo, si el usuario o abonado llega a la oficina comercial sin manifestar su voluntad o indicar de manera detallada el trámite que va a realizar en la oficina comercial.”

3.1.13. Sobre la imputación de la infracción tipificada en el artículo 7 del RFIS conjuntamente con el incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso²⁹.

El requerimiento de información a la empresa operadora respecto al cumplimiento de la obligación de realizar devoluciones por la interrupción del servicio a que hace referencia el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, si bien se encuentra vinculado a la supervisión del cumplimiento de dicho artículo, da lugar a una obligación diferente. En efecto, por un lado, el incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso es la no devolución, mientras que el incumplimiento del artículo 7 del RFIS es la no remisión de la información solicitada por el OSIPTEL.

Así, el artículo 7 del RFIS tipifica como grave el incumplimiento de entrega de información cuando se hubiera emitido un requerimiento escrito por el OSIPTEL que indique la calificación de obligatoria de la información requerida, incluyendo el plazo perentorio para su entrega.

En ese sentido, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, no es una conducta respecto de la cual se pueda determinar que como consecuencia de su realización también se incumpla lo establecido en el artículo 7 del RFIS, toda vez que la falta de entrega de la información requerida, es un incumplimiento que puede evitarse teniendo el cuidado y la diligencia debida para atender dicho requerimiento.

En virtud a ello, queda claro que son distintas conductas las que configuran las infracciones del artículo 7 del RFIS y el incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso.

Criterio:

“El incumplimiento de la entrega de información, establecido en el artículo 7 del RFIS, respecto a la información que permita verificar el cumplimiento de la obligación de realizar devoluciones por la interrupción del servicio a que hace referencia el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, configura una conducta distinta al incumplimiento de dicho artículo, en tanto estos no parten del mismo hecho generador”.

²⁹ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 145-2018-CD/OSIPTEL.



3.1.14. Cómputo del plazo de prescripción de la infracción de declarar o comunicar cobertura cuando no existe esta condición³⁰.

La infracción de declarar o comunicar cobertura cuando no existe dicha condición está tipificada en el numeral 3 del Anexo 6 del Reglamento de Cobertura, bajo los siguientes términos:

3	<i>La empresa operadora que declare o comunique al OSIPTEL que cuenta con cobertura en un centro poblado donde no existe esta condición, incurrirá en infracción leve por cada centro poblado. (Artículo 6°) La evaluación se realizará con periodicidad anual.</i>	LEVE
---	--	------

Así, teniendo en cuenta el tipo infractor, la infracción se consume en la oportunidad en que la empresa operadora declara o comunica al OSIPTEL que cuenta con cobertura en un centro poblado.

Por tanto, en este caso nos encontramos ante una infracción instantánea que podría tener efectos permanentes, en el entendido que se mantendrá en el tiempo la situación de inexactitud declarada, más aún si dicha información debe ser publicada, conforme el artículo 14 del Reglamento de Cobertura. En tal sentido el inicio del cómputo del plazo de prescripción se contabiliza a partir del día en que fue declarada la cobertura.

Criterio:

“La infracción de declarar o comunicar cobertura cuando no existe dicha condición, constituye una infracción instantánea con efectos permanentes; por tanto, el inicio del cómputo del plazo de prescripción inicia a partir del día en que fue declarada o comunicada la cobertura.”

3.1.15. Caso fortuito o fuerza mayor respecto a la obligación de disponibilidad en centros poblados rurales prevista en el artículo 10 del Reglamento de Disponibilidad Rural³¹.

El artículo 1315 del Código Civil define al caso fortuito o fuerza mayor como la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Al respecto, en relación a la obligación de disponibilidad en centros poblados rurales, si bien es posible que la empresa haya instalado teléfonos de uso público a través de custodia de terceros, no es el único medio que puede utilizar para cumplir con su obligación de disponibilidad. En ese sentido, el hecho de que no encuentre arrendador que se haga cargo de los teléfonos de uso público en los centros poblados rurales no se enmarca dentro de los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, y por ende, no constituye una causal eximente de responsabilidad.

En esa línea, conviene señalar que en el Reglamento de Disponibilidad Rural se ha considerado que la realidad y la problemática relacionada con la operatividad y disponibilidad del servicio en áreas rurales necesitan una regulación que no perjudique a las empresas operadoras, pero tampoco a los pobladores de los centros poblados rurales que hacen uso de estos servicios.

³⁰ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 172-2018-CD/OSIPTEL.

³¹ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 182-2018-CD/OSIPTEL.



Es cierto que el Estado promueve la expansión de la telefonía móvil, pero también es cierto que dentro de su política de acceso universal, la prestación del servicio telefónico en la modalidad de teléfonos públicos en las áreas rurales, tiene un papel fundamental para la integración y desarrollo de los pobladores de las zonas más alejadas del país que viven en situación de pobreza.

Teniendo en cuenta ello, es importante señalar que si bien es posible que la empresa haya instalado los teléfonos de uso público a través de la custodia de terceros, es su deber dar cumplimiento a las obligaciones, entre ellas la de disponibilidad.

Criterio:

“No constituye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que exima de la responsabilidad de dar cumplimiento a la obligación de disponibilidad en centros poblados rurales, no encontrar arrendador que se haga cargo de los teléfonos de uso público, en tanto la instalación de teléfonos de uso público a través de custodia de terceros no es el único medio que puede utilizar la empresa para cumplir con su obligación”.

3.1.16. Cómputo del plazo de prescripción del incumplimiento de las obligaciones de bloquear el equipo reportado como robado, hurtado o perdido y de liberar el equipo reportado como recuperado³².

La obligación a cargo de la empresa operadora consistente en bloquear el equipo terminal móvil reportado como sustraído (robado o hurtado) o perdido, debe ser cumplida una vez realizado el reporte respectivo. En ese sentido, hasta que la empresa operadora no proceda a realizar el bloqueo, la conducta infractora se mantiene, lo cual constituye una infracción permanente.

En el mismo sentido, la obligación de liberar un equipo terminal móvil objeto de reporte de recuperación, debe ser cumplida dentro del plazo máximo previsto normativamente, razón por la cual una vez vencido dicho plazo sin que se haya liberado el equipo terminal, se producirá la conducta infractora y se mantendrá en tanto persista la omisión de liberar.

De acuerdo a ello, al estar ante conductas permanentes, el plazo de prescripción no iniciará en tanto se mantenga la omisión de realizar el bloqueo o la liberación, según corresponda.

Criterio:

“El incumplimiento de las obligaciones de bloquear el equipo terminal móvil reportado como sustraído (robado o hurtado) o perdido, así como de liberar el equipo terminal móvil reportado como recuperado, constituyen infracciones permanentes, por tanto, el plazo de prescripción no iniciará en tanto se mantenga la omisión de realizar el bloqueo o la liberación, según corresponda.”

3.1.17. La carga de la prueba en el marco del sistema de verificación biométrica³³

El Sistema de verificación biométrica fue incluido en la normativa del OSIPTEL a través de la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL, con la finalidad de que – mediante el uso de herramientas tecnológicas- se salvaguarde la seguridad en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, dado que los ciudadanos venían asumiendo el perjuicio de verse vinculados a la titularidad de líneas móviles respecto de las cuales en ningún momento manifestaron la voluntad de contratar.

³² El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 216-2018-CD/OSIPTEL.

³³ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 012-2019-CD/OSIPTEL



Así, el uso de las huellas dactilares como mecanismo de verificación de identidad de los futuros abonados, se instaló como una garantía para evitar que situaciones como las descritas anteriormente, terminen perjudicando a personas que no habiendo contratado un determinado servicio móvil, se veían involucrados en la comisión de actos ilícitos perpetrados a través de su uso.

Siendo así, en relación a la verificación de identidad del solicitante del servicio público a través del uso del sistema biométrico, el artículo 11-A del TUO de las Condiciones de Uso estableció lo siguiente:

“Artículo 11-A.- Verificación de identidad del solicitante del servicio público móvil

(...)

Luego de realizada la verificación biométrica, que consistirá en verificar la correspondencia de la impresión dactilar capturada con la información que obra en la base de datos biométrica del RENIEC, la empresa operadora deberá conservar y almacenar el reporte de la referida verificación; y en caso de existir coincidencia, deberá incluir dicha información en el Registro de Abonados y proceder a la activación del servicio.

(...)

En todos los casos, la carga de la prueba respecto al procedimiento de verificación realizado para acreditar la identidad del solicitante del servicio estará a cargo de la empresa operadora. Para estos efectos, la empresa operadora deberá conservar en sus sistemas, las verificaciones de identidad que han sido realizadas y cuyo resultado ha sido confirmado por el RENIEC, durante el plazo establecido en el tercer párrafo del artículo 9. El resultado de estas verificaciones deberá guardar coincidencia con la información que obre en el RENIEC.”

Como se puede observar del texto citado, la carga de la prueba para acreditar el uso del sistema biométrico recae sobre la empresa operadora; con lo cual, ésta tiene la obligación de conservar los medios probatorios pertinentes a fin de probar no solo el uso de la biometría sino también la coincidencia con los registros de la RENIEC.

Sobre este último punto, es preciso incidir en que no existe una lista taxativa de medios probatorios que resulten adecuados para la acreditación del uso del sistema biométrico; sin embargo, resulta importante que los documentos que sean presentados para tal fin vinculen indubitablemente al solicitante con la línea móvil contratada y, además, sean el resultado de procesamientos que generen certeza de su nula manipulación y/o alteración.

Así por ejemplo, en el caso del artículo 11- A, resultaría infructuosa la presentación de un *print* de pantalla de un sistema editable, en donde la misma empresa operadora tiene la posibilidad de consignar manualmente la información vinculada a la titularidad de una línea móvil; a diferencia de la remisión de un log de validación de los sistemas internos de las empresas operadoras que genera certeza de la verificación de identidad realizada, en tanto la información se genera sin necesidad de la intervención de un asesor comercial.

Criterio

“Los medios probatorios para acreditar el uso del sistema biométrico en la validación de identidad de los solicitantes de servicios públicos de telecomunicaciones, deben generar certeza sobre su procedencia e integridad.”



3.1.18. Otorgamiento de calificación de “Evento Masivo”³⁴

De acuerdo al Glosario de Términos dispuesto en el Anexo 1 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 123-2014-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Calidad), se define a las interrupciones masivas como la incapacidad total que afecta el funcionamiento de los servicios prestados a los abonados, originados por lo menos en los siguientes elementos de red:

Servicio	Elemento de red afectado
Telefonía Fija	Concentrador de abonado, caja terminal, cable primario, cable secundario
Servicio Público Móvil e Internet Inalámbrico	Estación base o sector de la estación base
Portador (local, LDN, LDI)	Cualquier elemento de la red
Acceso a Internet alámbrico	DSLAM/CMTS, cable primario, cable secundario, cable coaxial, troba caja terminal/tap box
Distribución de Radiodifusión por cable	Fibra óptica, troba, cable coaxial, tap box

Adicionalmente, se tiene que de acuerdo a lo indicado en el artículo 9 del mencionado Reglamento, cuando se produzca una interrupción de cualquiera de los servicios públicos de telecomunicaciones, la empresa operadora debe reportar al OSIPTEL la interrupción, indistintamente de la causa que la haya generado y cuya duración sea igual o mayor a 10 minutos, en los plazos establecidos en el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Cabe tener en cuenta que el numeral 2.1 del Anexo 13 del Reglamento de Calidad, dispone que las interrupciones del servicio deben ser reportadas a través del Sistema de Reporte de Interrupciones de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (SISREP).

Entonces, de conformidad con la normativa citada, en los casos de interrupciones en los que se hubiere generado una incapacidad total de al menos un elemento de red (sector o totalidad de una estación base), corresponde que las empresas operadoras las detecten y realicen el reporte correspondiente sin necesidad que exista una precalificación por parte de la administración o que ésta comunique la ocurrencia de las mismas para que las empresas operadoras cumplan con su obligación.

Criterio

“La calificación como interrupción masiva no es otorgada por el OSIPTEL sino que le corresponde a las empresas operadoras su detección y reporte de conformidad con lo estipulado en el Reglamento de Calidad.”

3.1.19. Concepto de “Reincidencia”³⁵

Tanto el RFIS como el derogado RGIS, contienen reglas sobre el modo como debe proceder el OSIPTEL al momento de imponer una sanción administrativa.

Respecto de uno de los factores considerados para la cuantificación de la multa a imponer, esto es, en relación a la Reincidencia, se advierte que mientras que en el RFIS se establece que la infracción reiterada debe ser cometida en el plazo de un (1) año, computado desde la

³⁴ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 013-2019-CD/OSIPTEL

³⁵ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 013-2019-CD/OSIPTEL



fecha en que se notificó a la Empresa Operadora la carta de inicio del procedimiento administrativo sancionador, el RFIS extiende el plazo a dos (2) años.

De otro lado, cabe indicar que la aplicación retroactiva de un cambio en el régimen de la reincidencia, como el antes señalado, implica una vulneración al Principio de Legalidad, en tanto que la irretroactividad es una garantía para el administrado; por consiguiente debe considerarse que al momento en que se cometió la primera infracción, el administrado debió tener conocimiento de las consecuencias jurídicas derivadas de su comportamiento, es decir, que en caso cometiera la misma infracción en dos (2) años, la primera sería considerada como agravante.

Teniendo en cuenta lo anterior, para determinar el régimen de reincidencia aplicable, se debe verificar que tanto la primera infracción, como la segunda infracción, en la que se va a considerar la reincidencia como agravante, deben haber sido cometidas bajo la vigencia de la misma norma.

Criterio

“Para la aplicación de la reincidencia, es preciso que tanto la primera infracción –que constituye el antecedente-, así como la segunda infracción –en la que se va a considerar la reincidencia como agravante- deben haber sido cometidas bajo la vigencia del mismo régimen.”

3.1.20. Respecto de la opción de envío de constancia en los reclamos interpuestos vía página web³⁶

En principio, es importante hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 43-A del TUO de las Condiciones de Uso; así, se tiene lo siguiente:

“Artículo 43-A.- Atención a usuarios a través de la página web de la empresa operadora

La empresa operadora que disponga de una página web de Internet, deberá incluir en su página principal un vínculo visiblemente notorio y de fácil acceso, bajo la denominación “Atención de Reclamos y Solicitudes en Línea” que permita a los abonados y usuarios (en los casos que corresponda a éste último), acceder directamente, a la presentación de sus reclamos por averías, reclamos, recursos, quejas y cualquier solicitud que se derive de la aplicación de la presente norma (salvo que en esta norma se disponga un mecanismo de presentación distinto) , así como adjuntar los archivos digitales que considere pertinentes.

Este mecanismo deberá permitir: (i) obtener una constancia de recepción, en la que se aprecie el texto del reclamo por avería, reclamo, recurso, queja o solicitud derivada de la presente norma formulada, con indicación del número o código de identificación del mismo; y (ii) imprimir la constancia de recepción antes indicada, así como solicitar que dicha constancia sea remitida adicionalmente, al correo electrónico que para tales efectos señale el usuario o abonado, según corresponda. En ningún supuesto, la empresa operadora solicitará al abonado o usuario, la cuenta de correo electrónica como información obligatoria.
(...)”

De acuerdo a lo citado, se observa que el mecanismo en línea debe permitir, entre otros, que el usuario o abonado solicite que dicha constancia sea remitida adicionalmente al correo electrónico que para tales efectos señale.

³⁶ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de las Resoluciones N° 027-2019-CD/OSIPTEL y N° 093-2019-CD/OSIPTEL



Siendo así, de acuerdo a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 43-A del TUO de las Condiciones de Uso, para que el mecanismo en línea implementado por la empresa operadora sea idóneo, debe ser capaz no sólo de garantizar que los abonados y/o usuarios puedan ejercer sus derechos de interponer reclamos y/u otras solicitudes, sino también el deber de otorgar certeza a los mismos de que, efectivamente, han podido efectuar su trámite, ello a través de la generación de una constancia con los datos correctos, que además pueda ser impresa o enviada por correo electrónico.

Por lo tanto, el diseño del mecanismo en línea, a fin de cumplir con las pautas establecidas en el artículo 43-A del TUO de las Condiciones de Uso, debe permitir al abonado y/o usuario, además de obtener la constancia e imprimirla, tener la posibilidad de solicitar que dicho documento pueda ser enviado a su correo electrónico.


En virtud a ello, para que los abonados y/o usuarios puedan optar la forma en que obtendrán la constancia de presentación de su reclamo u otra solicitud, las opciones de impresión y/o de remisión a un correo electrónico que se designe para su envío, deben presentarse claramente en el mecanismo en línea.

Pese a ello, cabe resaltar que el TUO de las Condiciones de Uso no establece el momento en el cual debe figurar la opción de envío de la constancia de presentación de reclamo u otra solicitud, vía correo electrónico, con lo cual ésta podría ser mostrada al inicio o al final del formato virtual.


Criterio

“Para el caso de reclamos y/o solicitudes efectuadas a través de la página web de la empresa operadora, la opción de envío de la constancia a un correo electrónico, puede figurar al inicio o al final del formato correspondiente.”

3.1.21. Análisis del “cese” en relación a las devoluciones por interrupciones³⁷




Respecto de las condiciones atenuantes de responsabilidad, Morón sostiene³⁸ que: *“La finalidad principal de éstas es valorar de manera íntegra la conducta del sujeto infractor, luego de la comisión de la conducta infractora, a fin de determinar si en ella existen elementos que, por su trascendencia en el procedimiento administrativo sancionador, ameriten la disminución de la sanción aplicable. La atenuación recae sobre la responsabilidad del autor de la infracción, pero incide finalmente en el quantum. (...)”*




Siendo ello así, para concretizar su aplicación se tiene el artículo 18 del RFIS que sobre los factores atenuantes establece lo siguiente:

“(…)”



i) Son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.”



³⁷ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 040-2019-CDOSIPTEL

³⁸ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., Decimo Segunda Edición, 2017; páginas 515.

De lo señalado en el RFIS, se entiende que en caso exista un PAS en el que se atribuya a una empresa operadora responsabilidad por la comisión de una infracción, sobre la base de diversos actos u omisiones constitutivos de infracción, corresponderá la aplicación del atenuante de responsabilidad sólo si se verifica el cese respecto de todos los actos u omisiones.

A partir de lo indicado, para el caso de infracciones vinculadas al incumplimiento de devoluciones por interrupciones ocurridas en un semestre particular, para que resulte aplicable la condición atenuante del cese de los actos que constituyen infracción administrativa, resulta necesario verificar que ello se haya dado para la totalidad de los hechos imputados.

Siendo así, sobre la base del caso planteado en el párrafo precedente, los hechos imputados estarán compuestos por el conjunto de las devoluciones imputadas, con lo cual, para que el atenuante de responsabilidad pueda ser aplicado, se deberá verificar que el administrado haya cumplido con devolver los montos cobrados indebidamente en cada uno de los casos observados inicialmente. Sólo de esa manera podrá considerarse que se ha cesado con la conducta imputada.

Criterio

“Para la aplicación del cese como atenuante de responsabilidad, se debe observar éste se realice en la totalidad de las devoluciones pendientes que han sido imputadas”

3.1.22. Diferenciación entre los periodos de cumplimiento y de supervisión de los compromisos de mejora³⁹

El Reglamento de Calidad establece una serie de indicadores, cada uno con parámetros pre determinados, a fin de que con su cumplimiento se garantice la prestación idónea de los servicios de telecomunicaciones. Siendo así, la evaluación de los indicadores de calidad consiste en verificar el cumplimiento de su valor objetivo.

Ahora bien, para el caso de los indicadores de Calidad de Voz, Calidad de Cobertura del Servicio y Tiempo de Entrega de Mensajes de Texto, si en la evaluación realizada se constata que la empresa operadora no ha cumplido con alcanzar los valores objetivos fijados, ello no configura automáticamente una infracción susceptible de sanción, sino que la norma otorga a la empresa una oportunidad para corregir esta deficiencia en la calidad del servicio, mediante la formulación de un compromiso de mejora.

A partir de lo mencionado, se tiene que el artículo 13 del Reglamento de Calidad dispone lo siguiente:

“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.”

Bajo esa línea, el compromiso de mejora se solicita ante el incumplimiento del valor objetivo del indicador de calidad, a fin de que la empresa operadora despliegue acciones que

³⁹ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 043-2019-CD/OSIPTEL

conlleven al cumplimiento del valor objetivo del indicador, en un plazo que no deberá exceder el siguiente periodo de evaluación.

Sin embargo, en este punto corresponde efectuar una lectura correcta de la disposición citada, de modo tal que quede claro que si bien la evaluación de los indicadores es semestral, cuando se verifique que no se alcanzaron los valores objetivos correspondientes, la empresa podrá presentar un compromiso de mejora, cuya ejecución no puede exceder al periodo siguiente, siendo que corresponderá que la supervisión por parte del Organismo Regulador sea posterior.

Criterio

“Para el caso de los indicadores CV, CCS y TEMT, primero se supervisa el cumplimiento de valores objetivos y, solo en caso estos no sean alcanzados, las empresas operadoras pueden presentar un compromiso de mejora, el mismo que es ejecutado en el periodo siguiente y supervisado de forma posterior por parte del OSIPTEL.”

3.1.23. Naturaleza de los Informes de Instrucción⁴⁰

Es preciso señalar que en ejercicio de su función normativa, el OSIPTEL emitió el RFIS. En dicho cuerpo normativo se instituyó, como órganos de instrucción y como órganos competente para imponer sanciones, tanto a la Dirección de Fiscalización e Instrucción y a la Secretaria Técnica del Solución de Reclamos, como a la Gerencia General y al TRASU, respectivamente.

En esa línea, el RFIS desarrolla las funciones atribuidas a los órganos de instrucción, entre ellos, la Dirección de Fiscalización e Instrucción y a la Secretaria Técnica del Solución de Reclamos:

“Artículo 20.- Funciones de los órganos de Instrucción

A los órganos de instrucción les corresponde:

- (i) Iniciar el procedimiento administrativo sancionador;*
- (ii) Realizar todas las actuaciones necesarias para el análisis de los hechos, recabando los datos, informaciones y pruebas que sean relevantes para determinar, según sea el caso, la comisión o no del incumplimiento; y,*
- (iii) Emitir el informe que proponga al órgano de resolución la imposición de una sanción y, de ser el caso, el establecimiento de obligaciones específicas a efectos de cesar las acciones u omisiones que dieron lugar a la misma, así como revertir todo efecto derivado; o, el archivo del procedimiento.”*

(Subrayado agregado)

En la misma línea, el Decreto Supremo N° 104-2010-PCM, que aprueba la Modificación al Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, al desarrollar las funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción y a la Secretaria Técnica del Solución de Reclamos establece lo siguiente:

- **Dirección de Fiscalización e Instrucción:**

“Artículo 40°.- Funciones

(...)

⁴⁰ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de las Resoluciones N° 043-2019-CD/OSIPTEL, N° 156-2020-CD/OSIPTEL y N° 151-2019-CD/OSIPTEL



- d. Emitir las medidas preventivas que resulten pertinentes, de conformidad con las facultades establecidas en la normativa vigente.
- e. Proponer las medidas cautelares y correctivas a ser impuestas a las empresas operadoras y a quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL.
- f. Iniciar y conducir la etapa instructiva de procedimientos administrativos sancionadores. (...)"
- (Subrayado agregado)

- **Secretaría Técnica del Solución de Reclamos:**

“Artículo 72.- Funciones de la Secretaría Técnica

(...)

- i. Instruir los procedimientos y tramitar los expedientes, a través de las Secretarías Técnicas Adjuntas, que se sometan a conocimiento de los órganos resolutores, de acuerdo a sus respectivas competencias.
- j. Realizar investigaciones preliminares a fin de detectar o identificar prácticas que pudieran determinar el inicio de un procedimiento de oficio.
- k. Recomendar el inicio de procedimientos de oficio en los supuestos en los que existan indicios de infracciones a las materias de competencia de los Cuerpos Colegiados establecidas en la legislación vigente.”
- (Subrayado agregado)

Tal como se advierte, el RFIS dispone la emisión de un informe por parte de la Dirección de Fiscalización e Instrucción y a la Secretaría Técnica del Solución de Reclamos una vez culminada la etapa instructiva del PAS, proponiendo la imposición de una sanción –o el archivo del procedimiento-; siendo competencia de los órganos de resolución- entre ellos la Gerencia General o el TRASU- la facultad de aplicar la sanción que corresponda, lo que supone la determinación de la sanción así como su monto. Es conveniente advertir, que la emisión del informe de los órganos instructores tiene carácter obligatorio, más no vinculante, con arreglo a lo señalado en el artículo 182 del TUO de la LPAG⁴¹.

Criterio

“Los informes de instrucción pueden contener la recomendación de una sanción en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, pero no es obligatorio que incorporen la cuantificación de una multa, en tanto es son los órganos resolutores los competentes para la determinación de la sanción y su monto.”

3.1.24. Respecto la hora en la que se llevan a cabo las acciones de supervisión⁴²

El Reglamento de Supervisión dispone que los funcionarios del OSIPTEL pueden efectuar acciones de supervisión comportándose como usuarios encubiertos.

A partir de dicha facultad, en relación a supervisiones en campo, resulta lógico que exista un desfase entre la hora de la interacción inicial entre el representante de la empresa operadora y el supervisor del OSIPTEL y, la elaboración misma del acta de supervisión, la cual resulta posterior a la identificación del funcionario como representante de este organismo regulador.

⁴¹ “Artículo 182.- Presunción de la calidad de los informes

181.1 Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes.

181.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.”

⁴² El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 115-2019-CD/OSIPTEL



En ese sentido, la diferencia en las horas detalladas en el acta de supervisión, no supone vicio alguno que invalide el mencionado documento, más aún cuando el acto cumple con todos los requisitos de validez que establece el artículo 19 del Reglamento de Supervisión.

Criterio

“Para el caso de supervisiones encubiertas, el desfase entre la hora de la interacción entre el representante de la empresa operadora y el de OSIPTEL, y la hora de elaboración del acta, no invalida esta última dado que no supone ningún vicio de nulidad”

3.1.25. Subsanción de la conducta: cumplimiento del valor objetivo del indicador TINE⁴³

El literal f) del artículo 257 del TUO de la LPAG establece que la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador, constituye una condición eximente de la responsabilidad.

Conforme a lo señalado por la Real Academia Española, el término “subsancar” significa reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño. En ese sentido, siendo que la subsanación está relacionada con un estado de reparación, enmienda o arreglo, la misma no debe entenderse exclusivamente como el cese o adecuación de la conducta del infractor, sino que debe ir acompañada con la corrección de todo efecto derivado de dicha conducta.

Aunado a ello, en la “Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador”, aprobada con Resolución Directoral N° 002-2017-JUS/DGDOJ, se señala:

“2.4. Eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa

(...)

*Cabe indicar que este supuesto **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. (...)*

En ese sentido, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ello ocurrió, habría incumplimientos que para ser subsanados requieran, además del cese de la conducta, la reversión⁴⁴ de los efectos generados por la misma, y habrá aquellos otros incumplimientos cuyos efectos resulten irreversibles, fáctica y jurídicamente.

Asimismo, cabe señalar que también puede darse el caso de incumplimientos que hasta la fecha de su cese no hayan generado un efecto concreto, en cuyo caso no resulta exigible, naturalmente, la reversión de efectos; aplicándose el eximente de responsabilidad previsto en el TUO de la LPAG, en tanto concurren los demás requisitos previstos para ellos.

⁴³ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 176-2019-CD/OSIPTEL

⁴⁴ <http://dle.rae.es/?id=WOCcQLS>

reversión

Del lat. *reversio*, -ōnis.

1. f. Restitución de algo al estado que tenía.

2. f. Der. Acción y efecto de revertir.



Ahora bien, en el supuesto del incumplimiento de los valores objetivos del indicador de calidad TINE, por la naturaleza de la infracción no es posible que se configure el cese de la conducta infractora, dado que el incumplimiento detectado no cesa por algún posible cumplimiento posterior por parte de la empresa operadora en los trimestres posteriores, pues estos últimos constituyen por sí mismos nuevos periodos de evaluación, distintos e independientes, y son objeto de nuevos expedientes de supervisión del indicador TINE.

Por tanto, el hecho que posteriormente se haya cumplido con el indicador TINE, al no poder configurarse el cese, no corresponde la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

Criterio

“Para el caso del incumplimiento del valor objetivo del indicador de calidad TINE, el cumplimiento posterior no implica el cese de la conducta; por lo que no puede considerarse como un supuesto de la subsanación voluntaria, sino como cumplimiento de su obligación para un nuevo periodo”.

3.1.26. Indicación del plazo perentorio en una comunicación posterior al requerimiento de información obligatoria⁴⁵

El artículo 7 del RFIS tipifica como información grave la no entrega de información requerida por el OSIPTEL, siempre que se califique como obligatoria y que se establezca un plazo perentorio para la entrega de la misma.

“Artículo 7.- Incumplimiento de entrega de información

La Empresa Operadora que, dentro del plazo establecido, incumpla con la entrega de información o entregue información incompleta, incurrirá en infracción grave, siempre que:
a. Se hubiere emitido un requerimiento escrito por el OSIPTEL que indique la calificación de obligatoria de la entrega de la información requerida, incluyendo el plazo perentorio para su entrega; (...)”

Ahora, tal como se advierte del artículo citado, no se exige que desde el primer requerimiento de información obligatoria que realice el OSIPTEL se establezca un plazo perentorio, dado que en determinados casos, será mejor otorgar flexibilidad para atender los pedidos de ampliación de los administrados.

En tal sentido, es factible que la administración realice el requerimiento de información con carácter obligatorio, y que, posteriormente, en otra comunicación defina el plazo de entrega como perentorio; ello, toda vez que ambas comunicaciones se complementan y existe una clara vinculación entre ellas.

Criterio

“Es factible que la administración realice el requerimiento de información con carácter obligatorio, y que, posteriormente, en otra comunicación defina el plazo de entrega como perentorio, dado que ambas comunicaciones se complementan”.

⁴⁵ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de las Resoluciones N° 167-2010-CD/OSIPTEL y N° 089-2019-CD/OSIPTEL



3.1.27. Competencia para la imposición de sanción respecto al cumplimiento de la Medida Correctiva⁴⁶

Es importante señalar que la función fiscalizadora y sancionadora del OSIPTEL, otorgada a través de la Ley N° 27332, la Ley N° 27336 -Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, y desarrollada en el Reglamento General del OSIPTEL, permite a este Organismo imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones⁴⁷, si bien el TRASU es un órgano competente para imponer sanciones⁴⁸ y/o medidas correctivas⁴⁹, su competencia se limita a las infracciones relativas al procedimiento de solución de reclamos de usuarios, en el que este interviene como instancia de apelación o queja, así como en aquellas derivadas del incumplimiento de las resoluciones de las instancias competentes del procedimiento de reclamos.

“Artículo 21.- Órganos de Resolución

Son órganos competentes para imponer sanciones:

(...)

(ii) El TRASU, tratándose de infracciones relativas al procedimiento de solución de reclamos de usuarios, en el que interviene como instancia de apelación o queja, así como en aquellas derivadas del incumplimiento de las resoluciones de las instancias competentes de dicho procedimiento; (...)”

En ese sentido, si bien el TRASU está facultado a imponer sanciones y/o medidas correctivas, dada la limitación de la norma antes señalada, dicho Órgano no tiene competencia para imponer sanciones por aquellas infracciones derivadas del incumplimiento de una medida correctiva, aun cuando haya sido impuesto el mismo.

Nos explicamos, ante una infracción relativa al procedimiento de solución de reclamos, la competencia del TRASU concluye con la imposición de sanción y/o medida correctiva. **Criterio**

“En caso se verifique el incumplimiento de la Medida Correctiva ordenada por el TRASU, en atención a la tipificación establecida en el artículo 25 del RFIS, el órgano competente para ejercer la función fiscalizadora y sancionadora es la Gerencia General”.

3.1.28. Sobre los eventos climatológicos⁵⁰

El artículo 1315 del Código Civil Peruano establece que *el caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*

Complementariamente a ello, el artículo 1316 del referido Código precisa que la obligación – en este caso el cumplimiento del valor objetivo del indicador TINE- se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

⁴⁶ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 165-2019-CD/OSIPTEL

⁴⁷ Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

⁴⁸ Artículo 21 del RFIS

⁴⁹ **“Artículo 26.- Procedimiento de imposición de medida correctiva**

(...)

Los órganos competentes del OSIPTEL para la instrucción e imposición de sanciones, son competentes para la instrucción e imposición de medidas correctivas”.

⁵⁰ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de las Resoluciones N° 130-2020-CD/OSIPTEL y N° 051-2019-CD/OSIPTEL



Ahora bien, a efecto de que el incumplimiento no sea imputable a la parte que solicita eximirse del cumplimiento de la obligación, se requiere una conducta diligente y que ésta se acredite.

Bajo esa línea, acreditado un incumplimiento corresponde al administrado alegar y aportar las pruebas sobre las situaciones que lo exonerarían de responsabilidad⁵¹, más aun tratándose de una empresa que presta servicios públicos de telecomunicaciones, toda vez que es una empresa especializada en el sector y, por ello, el nivel de diligencia exigido a dicha empresa debe ser alto, aunque dentro de los límites de lo razonable⁵².

Sin embargo, los eventos climatológicos que afectan determinados departamentos, no pueden ser considerados como un caso fortuito y por tanto, exonerar de responsabilidad a la empresa, en tanto se producen con frecuencia en dicha zona.

A mayor abundamiento, es importante señalar que la doctrina⁵³ ha señalado que las condiciones climáticas normales no pueden constituir fuerza mayor.

Criterio

“Los eventos climatológicos que afectan determinados departamentos, en tanto se producen con frecuencia en dicha zona, no pueden constituir un caso fortuito o fuerza mayor”.

3.1.29. Contratación a través de un distribuidor autorizado⁵⁴

El numeral (ii) del artículo 11-C del TUO de las Condiciones de Uso establece que el sistema de verificación de identidad no biométrico solo podrá ser utilizado por los distribuidores autorizados, mientras que en el artículo 11-D de la referida norma se precisa que, entre otras obligaciones, la empresa operadora debe comunicar al OSIPTEL cualquier modificación al registro de distribuidores autorizados, tal como se detalla a continuación:

ARTICULO	OBLIGACION	TIPIFICACION	ARTICULO	OBLIGACION	TIPIFICACION
Numeral (ii) del artículo 11-C	(ii) Sistema de verificación de identidad no biométrico: Este sistema podrá ser utilizado únicamente por los distribuidores autorizados, siempre que éstos hayan sido registrados previamente por la empresa	Muy Grave	Tercer párrafo del artículo 11-D	La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL el registro de distribuidores autorizados, (...). Asimismo, la empresa operadora deberá comunicar al OSIPTEL cualquier modificación en el referido registro, el último día hábil de cada semana, al correo	Leve

⁵¹ Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo Español citada por NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4º ed. Madrid: Tecnos, 2005. Página 424.

“(...) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es al órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que han de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado únicamente le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad”.

⁵² De Palma Del Teso señala lo siguiente: *“El grado de diligencia que se impone desde el Derecho Sancionador Administrativo estará en función de diversas circunstancias: a) tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deban ser desarrolladas por profesionales en la materia; o c) actividades que requieran previa autorización administrativa, lo que supondría no sólo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia”.* DE PALMA DEL TESO, Ángeles. “El Principio de la culpabilidad en el derecho administrativo sancionador” Tecnos, 1996. Página 142.

⁵³ Myanna F. Dellinger “Reflexiones Sobre el Concepto de «Fuerza Mayor» en un Mundo de Cambio Climático Antropogénico” Derecho & Sociedad N° 42

⁵⁴ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 148-2020-CD/OSIPTEL



	operadora y se les haya otorgado un código que los identifique como tales.			electrónico distribuidores_autorizados@osiptel.gob.pe.	
--	--	--	--	---	--

Ahora, el hecho de que en los log de las activaciones se haya registrado un código de distribuidor, no demuestra que dicho distribuidor cuente con autorización por parte de la empresa operadora.

Para ello, la empresa operadora deberá acreditar que los distribuidores contaban con autorización antes de la fecha en que se realizaron las contrataciones.

Criterio

“Si bien al momento de la contratación se registró en el sistema un código de distribuidor, en tanto la empresa operadora no acredite que el código pertenece a un distribuidor autorizado antes de la contratación, se considera un incumplimiento al artículo 11-C del TUO de las Condiciones de Uso”.

3.1.30. Subsanación de la conducta: rechazo de la consulta previa o solicitud de portabilidad⁵⁵

El literal f) del artículo 257 del TUO de la LPAG establece que la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador, constituye una condición eximente de la responsabilidad.

Conforme a lo señalado por la Real Academia Española, el término “subsana” significa reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño. En ese sentido, siendo que la subsanación está relacionada con un estado de reparación, enmienda o arreglo, la misma no debe entenderse exclusivamente como el cese o adecuación de la conducta del infractor, sino que debe ir acompañada con la corrección de todo efecto derivado de dicha conducta.

Aunado a ello, en la “Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador”, aprobada con Resolución Directoral N° 002-2017-JUS/DGDOJ, se señala:

“2.4. Eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa (...)

Cabe indicar que este supuesto 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. (...)

En ese sentido, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ello ocurrió, habría incumplimientos que para ser subsanados requieran, además del cese de la conducta, la reversión⁵⁶ de los efectos generados por la

⁵⁵ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 142-2020-CD/OSIPTEL

⁵⁶ <http://dle.rae.es/?id=WOCcqlS>

reversión

Del lat. *reversio*, -ōnis.

1. f. Restitución de algo al estado que tenía.

2. f. Der. Acción y efecto de revertir.



misma, y habrá aquellos otros incumplimientos cuyos efectos resulten irreversibles, fáctica y jurídicamente.

Asimismo, cabe señalar que también puede darse el caso de incumplimientos que hasta la fecha de su cese no hayan generado un efecto concreto, en cuyo caso no resulta exigible, naturalmente, la reversión de efectos; aplicándose el eximente de responsabilidad previsto en el TUO de la LPAG, en tanto concurren los demás requisitos previstos para ellos.

Ahora bien, en cuanto al haber objetado indebidamente consultas previas y solicitudes de portabilidad, es preciso señalar que no es posible el cese de la conducta, en tanto el derecho de los abonados de acceder a la portabilidad implica que la solicitud se realice sin inconveniente alguno en la oportunidad en la que se requiere; por lo que para la atención por parte de la empresa es necesario que el abonado vuelva a realizar el pedido.

Asimismo, considerando que el proceso de portabilidad significa para los abonados una herramienta de empoderamiento que les permite portar a otra empresa operadora, manteniendo su mismo número, cuando –en algunos casos- no se encuentren satisfechos con el servicio ofrecido por su actual operador, no es posible revertir los efectos de la objeción de las consultas previas y las solicitudes de portabilidad, en vista que se privó ilegalmente a los usuarios de ejercer su derecho a cambiar de operador, en la oportunidad deseada.

Por tanto, al no poder configurarse el cese y la reversión de efectos, no corresponde la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

Criterio

“En el caso del rechazo de la consulta previa o solicitud de portabilidad, no se configura el cese en tanto para la atención por parte de la empresa es necesario que el abonado vuelva a realizar el pedido y, es posible revertir los efectos generados porque se privó ilegalmente a los usuarios de ejercer su derecho a cambiar de operador, en la oportunidad deseada”.

3.1.31. Eximente de responsabilidad: error inducido por parte de la Administración⁵⁷

El literal e) del artículo 257 del TUO de la LPAG establece que una condición eximente de la responsabilidad por la comisión de una infracción es el error inducido por la administración.

Ahora bien, el eximente “error inducido por la administración” se configura cuando el administrado obra de un modo determinado a partir de las expectativas que le genera las actuaciones la administración pública.

Sin embargo, el hecho de que la administración emita una Resolución estableciendo una regulación, para lo cual ha basado su análisis en información remitida por la empresa operadora; no implica que otorgue conformidad a la referida información, toda vez que ésta pueda ser supervisada posteriormente, y en el caso que se determine su inexactitud, dicha conducta será, eventualmente, sancionada.

⁵⁷ El Consejo Directivo se ha pronunciado en ese sentido, a través de la Resolución N° 100-2019-CD/OSIPTEL

Criterio

“La aprobación de una regulación por parte de la administración, no implica que se otorgue la conformidad de la información que sirvió de sustento a dicho acto; por lo que no puede ser considerado como un eximente de responsabilidad por error inducido por la administración”.

IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

Se recomienda elevar al Consejo Directivo el presente informe, que recopila los treinta y uno (31) criterios resolutivos más relevantes contenidos en las resoluciones emitidas por dicho Colegiado durante el periodo de enero del año 2017 a diciembre del año 2019, en el trámite de los procedimientos administrativos sancionadores en segunda instancia; para que, de estimarlo conveniente, disponga su aprobación.

Asimismo, de darse dicha aprobación, se recomienda que este informe sea remitido a la Dirección de Fiscalización e Infracción, la Secretaría Técnica de Solución de Reclamos y al Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), a efecto de que se constituya como referencia en el análisis de los procedimientos sancionadores que tramiten.

Atentamente,

