



**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL**

**N° 00004-2017-GG/OSIPTEL**

Lima, 16 de enero de 2017

EXPEDIENTE N°	:	0052-2016-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

**VISTO:** el Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (GFS) N° 797-GFS/2016 por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5° del Texto Único de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL (TUO de las Condiciones de Uso) ante el incumplimiento de lo dispuesto en el séptimo párrafo del artículo 43° de dicha norma.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

- Mediante Informe de Supervisión N° 669-GFS/2016 (Informe de Supervisión), de fecha 25 de agosto de 2016, la GFS emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las condiciones de uso por parte de TELEFÓNICA, en cuanto a su obligación de contar con un mecanismo en línea en su página web que permita la presentación de reclamos, reportes, apelaciones, reconsideraciones y/o quejas por parte de los usuarios y/o abonados, y otorgar constancia de recepción que contenga el número o código de identificación del reclamo. Las conclusiones de dicho Informe de Supervisión fueron las siguientes:

**\*V. CONCLUSIONES**

- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido con lo dispuesto en el Séptimo Párrafo del artículo 43° 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, por cuanto el mecanismo en línea implementado por la empresa operadora en su página web [www.movistar.com.pe](http://www.movistar.com.pe) se advirtió que de un total de cuarenta y siete (47) acciones de levantamiento de información, en treinta y cinco (35) de ellas, no permitió la presentación de reclamos y reportes; tal como se analizó en la sección IV del presente Informe.
- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incurrido en la infracción tipificada en el 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, por lo que corresponde el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en este extremo.
- Cabe mencionar que, el séptimo párrafo del anterior artículo 43° del Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, vigente cuando se realizaron las acciones de levantamiento de información del presente expediente de supervisión, fue modificado con la Resolución N° 138-2014-CD/OSIPTEL que incluyó el artículo 43-A, básicamente con las mismas obligaciones. Asimismo, con la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL, se modificó el mencionado artículo 43-A; sin embargo del análisis comparativo de dichos dispositivos legales, se aprecia que las obligaciones son similares, solo se han reordenado, por lo que podemos afirmar que se mantienen hasta el presente".



OSIPTEL  
GG-PIA  
CAVERO



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Oficina Ejecutiva  
de Asesoría y  
Asesoría Jurídica

2. A través de la carta N° C.01669-GFS/2016, notificada el 25 de agosto de 2016, la GFS comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta infracción tipificada en el séptimo párrafo del artículo 43 del TUO de Condiciones de Uso; otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos.
3. Mediante Carta N° TP-AG-GGR-2438-16, recibida el 07 de octubre del 2016, TELEFÓNICA remitió sus descargos (Descargo 1).
4. Con fecha 07 de noviembre de 2016, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 797-GFS/2016.
5. Mediante Carta N° C.01131-GG/2016 del 30 de diciembre de 2016, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 5) del artículo 235 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), se notificó a TELEFÓNICA el Informe N° 797-GFS/2016, otorgándole un plazo de cinco (05) días hábiles para que presente sus descargos.
6. Por medio del escrito N° TP-00008-AR-GGR-17 de fecha 06 de enero de 2017, TELEFÓNICA presentó sus descargos al Informe N° 797-GFS/2016 (Descargo 2).
7. Con Carta N° TP-0024-AG-GGR-17, del 04 de enero de 2017, TELEFÓNICA solicita el “uso de la palabra”, la misma que se realizó el 12 de enero de 2017 en las instalaciones del OSIPTEL.

## II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 02 de febrero de 2001, este organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. Así también el artículo 41° del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

En el presente caso, de conformidad con lo expuesto en el Informe de Supervisión, en las cuarenta y siete (47) acciones de supervisión realizadas entre el 14 y 29 de octubre del 2014, consistentes en el levantamiento de información de la página web de TELEFÓNICA, se verificó que dicha empresa habría trasgredido lo establecido por el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso, vigente al momento de las acciones de supervisión<sup>1</sup> en treinta y cinco (35) acciones de supervisión.



OSIPTEL  
GERENCIA GENERAL  
DE PLANEACIÓN Y  
ASESORÍA  
M. OROZCO

<sup>1</sup> Corresponde indicar que a través de la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL – que entró en vigencia el 01 de octubre de 2015 – la obligación contenida en el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso, ha sido recogida en el artículo 43A, cuyo incumplimiento es calificado como una infracción leve. En ese sentido, considerando que la obligación establecida en el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso se mantiene, corresponde a esta instancia evaluar los hechos materia del presente PAS, bajo el amparo de la norma vigente al momento de la comisión de la infracción imputada.



Cabe señalar que el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 43° del T.U.O. de las Condiciones de Uso se encuentra tipificado como infracción leve en el artículo 2° del anexo 5 de la misma norma, que establece lo siguiente:

*Artículo 2°.- Infracciones leves*

*Constituyen infracciones leves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: (...), 43, (...).*

En el presente caso, de acuerdo al análisis efectuado por la GFS en el Informe de Supervisión, se le imputa a TELEFÓNICA el incumplimiento de lo dispuesto por el sétimo párrafo del artículo 43° del T.U.O. de las Condiciones de Uso, al no haber permitido la presentación de reportes, reclamos y/o recursos por medio de su página web habilitada para tales fines, en treinta y cinco (35) acciones de supervisión, según se detalla a continuación:

Incumplimiento	# Actas	Modalidad	Informe de Supervisión	Fecha de las Acciones de Supervisión	Oficinas Supervisadas
No se pudo completar el registro del reporte, reclamo y/o recurso en la página web habilitada para tales fines	35 acciones de supervisión	Levantamiento de Información de la página web de TELEFÓNICA	Informe N° 669-GFS/2016	Del 14 al 28 de Octubre de 2014	Lima, Ayacucho, La Libertad, Moquegua, Cajamarca, Huancavelca, Junín, Pasco, Huánuco, Cusco, San Martín, Madre de Dios, Puno, Amazonas, Piura, Apurímac, Ica, Arequipa

Al respecto, es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley N° 27444, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado<sup>3</sup>, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Por consiguiente, corresponde analizar los descargos presentados por la empresa TELEFÓNICA respecto a la imputación de cargos formulada por la GFS.

**1. Análisis de los descargos**

En sus escritos de descargos (1 y 2) y en el "Informe Oral", TELEFÓNICA cuestionó el presente PAS en los siguientes términos:

- 1.1. TELEFÓNICA cuestiona las supervisiones efectuadas por la GFS en el sentido que en estas: i) No se ha descartado problemas con el proveedor de internet; ii) Sólo se utilizó un navegador de internet; iii) No se descartaron fallos en el firewall del ordenador; iv) No se descartaron problemas en los ordenadores utilizados.



OSIPTEL  
PIURA  
1 CAVERO

<sup>2</sup> Artículo vigente al momento de la comisión de los hechos materia del presente PAS, el cual resulta aplicable al presente caso en virtud al Principio de Irretroactividad recogido en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, el cual establece lo siguiente:

*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.*

<sup>3</sup> PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros



- 1.2. Se habrían vulnerado los Principios de Tipicidad, Causalidad, Verdad Material y Presunción de Licitud, puesto que los medios probatorios con los que se imputa la infracción son insuficientes.
- 1.3. Las acciones de supervisión se llevaron a cabo sin la presencia de un representante de TELEFÓNICA, lo cual significa que en tales acciones no se siguió con las formalidades requerida por el Reglamento General de Acciones de Supervisión, por lo que se encuentran inmersas en causal de nulidad. Así, se habría vulnerado el Principio de Legalidad y Debido Procedimiento.
- 1.4. Se habría vulnerado su Derecho de Defensa toda vez que los medios probatorios adjuntados y que forman parte del Informe de Supervisión son ILEGIBLES.
- 1.5. Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad puesto que el supuesto incumplimiento de lo establecido en el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso no generó daño alguno en la medida que aun cuando los usuarios no hubieran podido presentar los reportes o reclamos vía web, contaban con otros medios que hubieran podido satisfacer dicha necesidad de igual manera.

#### 1.1 Sobre las causas externas que habrían afectado las acciones de supervisión

TELEFÓNICA cuestiona las Acciones de Supervisión realizadas por personal de la GFS, en tanto que no se descartaron "causas externas" que pudieron ocasionar las fallas recogidas, sobre las cuales su representada no ejercería control alguno.

Agrega, además, que los eventuales fallos que pudieron producirse en una página web afectarían al íntegro de usuarios que acceden a dicha plataforma, es decir, tendría efectos generales (todos los distritos, todas las provincias y todos los departamentos del Perú) y no únicamente ciertos individuos (u ordenadores) durante un lapso de tiempo.

La empresa operadora sostiene que en cada una de las acciones de supervisión – al haberse ejecutado en distintos puntos –, se utilizó un ordenador distinto; es decir, que las condiciones en las que se ejecutaron variaron dependiendo del lugar en donde se efectuó, por lo que las supuestas fallas al momento de realizar los reportes y reclamos en la página web responderían a hechos externos.

TELEFÓNICA indica que en la etapa de instrucción la GFS no habría descartado que los inconvenientes registrados en la interposición de reclamos, reportes y/o recursos en la página web de TELEFÓNICA se hayan originado en los medios de acceso o la conexión a internet utilizada.

Finalmente TELEFÓNICA solicita un peritaje a los ordenadores mediante los cuales se levantaron los print de pantalla en las cuarenta y siete (47) acciones de supervisión.

Es preciso indicar que el órgano instructor, contando con equipos informáticos necesarios y habilitados para dichas supervisiones, efectuó todos los levantamientos de información del 14 al 29 de octubre de 2014, en distintos departamentos del Perú<sup>4</sup>. Para tales supervisiones, se contaron con similares condiciones técnicas y de programación (ordenadores, firewall, navegadores, etc); pese a ello, si bien en treinta y cinco (35) casos se detectó el incumplimiento de la normativa por parte de la empresa operadora, en doce

<sup>4</sup> Lima, Ayacucho, La Libertad, Moquegua, Cajamarca, Huancavelica, Junín, Pasco, Huánuco, Cusco, San Martín, Madre de Dios, Puno, Amazonas, Plura, Apurímac, Ica y Arequipa.





PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

(12) casos si se logró presentar los reclamos, reportes y/o recursos; así como obtener las constancias de recepción respectivas.

Si bien TELEFÓNICA sostiene que los incidentes ocurridos en la presentación de reclamos o reportes en su plataforma web se debieron a eventos externos, a lo largo del presente PAS no ha presentado medio probatorio alguno que verifique la existencia de una causa externa.

Sobre este punto, NIETO –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<sup>3</sup>.

En el presente caso, está acreditado por el OSIPTEL que en treinta y cinco (35) acciones de supervisión se presentaron incidentes en la presentación de reclamos, reportes y/o recursos en su plataforma virtual [www.movistar.com.pe](http://www.movistar.com.pe); por lo que –como se ha señalado-, TELEFÓNICA debe acreditar que los sucesos que refiere como causa externa; cosa que no ha sucedido a lo largo del presente PAS.

Si bien TELEFÓNICA sostiene que las condiciones en las que se ejecutaron las acciones de supervisión variaron dependiendo del lugar en donde éstas se efectuaron – utilizando un ordenador distinto, por ejemplo –, es necesario precisar que las acciones de supervisión, efectuadas por personal de la GFS en distintos puntos geográficos, buscan simular escenarios similares a los afrontan los usuarios de los servicios de telecomunicaciones al momento de presentar sus reportes, reclamos y/o recursos en la plataforma virtual habilitada para tales fines. Asimismo, se han dado casos en los que, usando el mismo ordenador, desde el mismo punto geográfico, y a intervalos de tiempo cortos (el mismo día), se han detectado resultados disímiles.

Así por ejemplo, en los tres (03) “Levantamientos de Información” de la página web de TELEFÓNICA efectuados el día 14 de octubre de 2014 en el departamento de Lima, se tiene que a las 11:39<sup>6</sup> horas y a las 12:36<sup>7</sup> horas, personal de OSIPTEL indicó que la empresa operadora no cumplió con lo establecido por el séptimo párrafo del artículo 43<sup>o</sup> del TUO de las Condiciones de Uso; no obstante, en la acción de supervisión llevada a cabo a las 15:05 horas, sí se logró registrar el reclamo correspondiente, dando cumplimiento a lo establecido en el precitado artículo 43<sup>o</sup>.

Similar situación ocurre con los “Levantamientos de Información” de la página web de TELEFÓNICA el 22 de octubre de 2014 en la ciudad de Pasco, puesto que a las 17:15<sup>8</sup> horas se detectó el incumplimiento de la empresa operadora; sin embargo, en la acción de supervisión de las 17:45 horas, se detectó su cumplimiento.

Siendo así, se verifica que el mecanismo en línea implementado por TELEFÓNICA no resulta idóneo para garantizar que los usuarios puedan ejercer sus derechos de interponer reclamos y/o reportes de avería, con lo cual se trasgrede la obligación contenida en el séptimo párrafo del artículo 43<sup>o</sup> del TUO de las Condiciones de Uso.



OSIPTEL  
GGP  
CAVERO

<sup>3</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro: Derecho Administrativo Sancionador, 4ta Edición totalmente reformada. Madrid: Tecnos, 2005. Pag. 424.

<sup>6</sup> Al completar los datos del registro de reclamos y averías no aparece la opción de telefonía fija, lo cual impidió continuar con el registro

<sup>7</sup> Al registrarse los datos y presionar la opción “enviar”, la página web se ha quedado en búsqueda de operadores disponibles, con lo cual impidió continuar con el registro.

<sup>8</sup> Al completar el registro de reclamos y averías aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos, lo cual impide continuar con el respectivo registro.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Departamento de Asesoría Jurídica y  
Normativa

En cuanto al peritaje solicitado por la empresa operadora a los ordenadores utilizados en el expediente de supervisión en los treinta y cinco (35) casos en donde no se pudo presentar el reporte, reclamo o recurso en la página [www.movistar.com.pe](http://www.movistar.com.pe), éste debe desestimarse por considerarse innecesario<sup>9</sup>, en la medida que el referido peritaje sólo podría demostrar el estado actual de los ordenadores utilizados, mas no el estado en el que se encontraban al momento de realizarse las capturas de pantalla que sirvieron para imputarle el incumplimiento del sétimo párrafo del artículo 43º del TEO de las Condiciones de Uso.

### 1.2 Sobre la vulneración de los Principios de Tipicidad, Verdad Material, Licitud y Causalidad.-

TELEFÓNICA sostiene en sus descargos que la correcta configuración del tipo infractor requiere que los problemas en la presentación de reportes o reclamos en su página web se deban a una causa que resulte imputable directa y exclusivamente su representada, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Sobre el particular, el Principio de Tipicidad se encuentra recogido en el numeral 4) del artículo 230º de la LPAG y sus modificatorias<sup>10</sup>, en los siguientes términos:

*"Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificarlas conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.  
(...)"*

En ese orden de ideas, es necesario verificar si la conducta imputada en el presente PAS se adecúa o no al supuesto de hecho del tipo infractor imputado a la empresa operadora, acorde a lo exigido por el Principio de Tipicidad previsto en la LPAG. Sobre el particular, es posible señalar que sólo puede sancionarse en sede administrativa aquellas conductas que se encuentren previstas expresamente, en normas con rango de ley, como una infracción sin admitir interpretación extensiva o analogía.

De la normativa vigente a la fecha de la comisión de la infracción detectada, se advierte que el sétimo párrafo del artículo 43º del TEO de las Condiciones de Uso, establece lo siguiente:

*"Artículo 43.- Atención en oficinas o centros de atención a usuarios y puntos de venta  
(...)"*

<sup>9</sup> Ley N° 27444

<sup>10</sup> Artículo 163.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un periodo que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.  
(...)"

Sin subrayado en el original.

<sup>10</sup> Decreto Legislativo N° 1272 del 21 de diciembre de 2016.



OSIPTEL  
PIA Y GO  
CAVERO



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

La empresa operadora que disponga de una página web de Internet deberá incluir en su página principal, información permanentemente actualizada acerca de la ubicación y el horario de atención de las oficinas o centros de atención a usuarios y los puntos de venta en los que conforme a lo señalado en el presente artículo estén obligados a recibir solicitudes, reportes, reclamos, reconsideraciones, apelaciones y quejas de los usuarios. Asimismo, la empresa operadora deberá comunicar al OSIPTEL, en forma mensual, la relación de las oficinas o centros de atención, así como los puntos de venta antes mencionados, incluyendo el horario de atención, la dirección y el número telefónico de los mismos. Dicha información deberá ser remitida dentro de los primeros cinco (5) días calendario de cada mes.

Adicionalmente, la empresa operadora que disponga de una página web de Internet deberá incluir en su página principal un mecanismo en línea que permita a los usuarios:

- (i) La presentación de sus reportes de avería, reclamos, recursos de reconsideración, recursos de apelación y quejas, así como adjuntar los archivos digitales que considere pertinentes;
- (ii) Obtener una constancia de recepción, en la que se aprecie el texto del reporte, reclamo, recurso o queja presentada con indicación del número o código de identificación del mismo; y,
- (iii) 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."

Asimismo, la Exposición de Motivos del TZO de las Condiciones de Uso, respecto a dicha obligación señala lo siguiente:

*"Finalmente, a efectos de brindar a los abonados y usuarios mayores herramientas y facilidades para la tramitación de un procedimiento de reclamo, se ha considerado pertinente disponer que las empresas operadoras que cuentan con una página web de Internet, implementen mecanismos en línea que permitan a los usuarios la presentación de reportes, reclamos, recursos o quejas, y que tengan la posibilidad de incluir adicionalmente archivos digitales que consideren importantes presentar en el trámite que deciden realizar. En estos casos, al igual que ocurre con las otras formas de presentación de los reportes, reclamos, recursos o quejas, las empresas operadoras deberán otorgar a los usuarios una constancia de recepción, en la que aparezca el texto final y completo de la petición efectuada por el usuario, debiéndose indicar en dicho texto el número o código de identificación del referido pedido. La herramienta que diseñe la empresa operadora para la entrega de las constancias de presentación, deberá permitir la impresión de dicha constancia por parte de los usuarios, así como también permitir que la misma sea remitida al correo electrónico que para dicho fin haya indicado el usuario."*

Como se aprecia del artículo glosado y de la Exposición de Motivos, la finalidad del séptimo párrafo del artículo 43° del TZO de las Condiciones de Uso es tutelar el derecho de reclamo de los abonados y usuarios mediante la implementación, por parte de las empresas operadoras que cuenten con una página web, de un mecanismo en línea que permita realizar lo siguiente: (i) presentar reportes de avería, reclamos, recursos de reconsideración, recursos de apelación, quejas y cualquier solicitud; (ii) obtener una constancia de recepción, en la que se aprecie el texto del reporte, reclamo, recurso, queja o solicitud presentada con indicación del número o código de identificación del mismo; e, (iii) imprimir la constancia de recepción, así como solicitar que dicha constancia sea remitida, adicionalmente, al correo electrónico que para tales efectos señale el reclamante.

Asimismo, con relación al derecho de reclamo de los abonados y usuarios, es preciso resaltar lo dispuesto por el literal g. del artículo 1° del Código de Protección y Defensa del Consumidor<sup>11</sup> que señala como uno de los derechos de los consumidores, lo siguiente:

<sup>11</sup> Ley 29571.



OSIPTEL  
PIA+GG  
J. CAVERO



PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada  
SUPERVISOR GENERAL DE INVERSIÓN PRIVADA

*g. A la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, celeres o ágiles, con formalidades mínimas, gratuitos o no costosos, según sea el caso, para la atención de sus reclamos o denuncias ante las autoridades competentes.*

Adicionalmente, sobre atención del servicio de reclamos, el numeral 2 del artículo 24° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, señala lo siguiente:

*"24.2 En caso de que el proveedor cuente con una línea de atención de reclamos o con algún medio electrónico u otros similares para dicha finalidad, debe asegurarse que la atención sea oportuna y que no se convierta en un obstáculo al reclamo ante la empresa."*

En ese sentido, lo que se pretende tutelar mediante la regulación sobre presentación de reclamos es que los abonados y usuarios del servicio de telecomunicaciones puedan acceder de manera irrestricta a los diversos mecanismos establecidos por la legislación en la materia sin condiciones ni requisitos previos, a fin de ejercer su derecho de reclamo.

Al respecto, de acuerdo a lo señalado por la GFS en su Informe de Análisis de Descargos, en el mes de octubre de 2014, se detectó que en treinta y cinco (35) supervisiones no habría cumplido con el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso, pues si bien TELEFÓNICA cumplió con habilitar en su página web un mecanismo en línea a efectos de permitir a los usuarios presentar sus reclamos, reportes y/o recursos, éste no resulta idóneo en la medida que en el 74.46%<sup>12</sup> de pruebas realizadas, no se pudo concretar la presentación de los reportes, reclamos y/o recursos.

Es necesario hacer hincapié en que lo que se imputa a TELEFÓNICA no es la existencia o no de un mecanismo en línea para la presentación de reclamos, sino respecto a la operatividad e idoneidad de dicho mecanismo. En efecto, del análisis de las obligaciones establecidas en el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso, se advierte que el cumplimiento de las mismas no se agotan con la sola implementación del enlace al mecanismo en línea en la página web principal de la empresa operadora, sino que aquel debe encontrarse en correcto funcionamiento, de modo tal que resulte efectivo para la comunicación de reportes, presentación de reclamos y/o recursos, entre otros.

En dicha línea, es posible advertir que el intento de sanción no vulneró el Principio de Tipicidad, en la medida que el supuesto de hecho establecido por la norma calza con la conducta imputada a TELEFÓNICA, por lo que tal alegación debe desestimarse.

#### Sobre el Principio de Verdad Material, Presunción de Licitud y Causalidad

Refiere TELEFÓNICA que el OSIPTEL no aportó medio probatorio alguno que demuestre que su representada (como proveedora de la página web) era la responsable directa por las supuestas fallas en la presentación de reportes y/o reclamos.

En ese contexto, el OSIPTEL no cuenta con medios probatorios suficientes y adecuados para acreditar tanto el elemento objetivo como el subjetivo del tipo imputado a TELEFÓNICA como consecuencia de las fallas detectadas, por lo tanto no puede cuestionarse que su representada cuenta con un mecanismo adecuado para cumplir con las obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico, en aplicación del Principio de Presunción de Licitud.

Añade que al no existir nexo causal entre los hechos que constituyen infracción y la conducta observada por TELEFÓNICA, toda vez que su representada cumplió con

<sup>12</sup> Se realizaron un total de cuarenta y siete (47) acciones de supervisión, de los cuales en doce (12) casos se verificó que TELEFÓNICA cumplió con lo establecido en el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso.



OSIPTEL  
P. 14 + 00  
CAVERO



proveer una herramienta a los usuarios que les permita presentar reportes y reclamos, se estaría vulnerando el Principio de Causalidad.

En cuanto al Principio de Verdad Material, el artículo IV, numeral 1.11 del Título Preliminar de la LPAG señala:

*1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.  
(...)*

Sobre el particular, de acuerdo a las Actas de Supervisión que obran en los tres (3) Tomos del Expediente de Supervisión N° 00438-2014-GG-GFS, referido a las acciones de supervisión, en la modalidad de "Levantamiento de Información", realizadas en los departamentos de Lima, Ayacucho, La Libertad, Moquegua, Cajamarca, Huancavelica, Junín, Pasco, Huánuco, Cusco, San Martín, Madre de Dios, Puno, Amazonas, Piura, Apurímac, Ica y Arequipa; personal autorizado y premunido de las facultades atribuidas por la normativa sobre la materia<sup>13</sup>, levantó información de la página web de TELEFÓNICA a efectos de verificar el cumplimiento del séptimo párrafo del artículo 43° del Tuo de las Condiciones de Uso, evidenciándose los siguientes hechos:

N°	Fecha	Oficina del OSIPTEL	Hora de Levantamiento o de Informac.	Resultado
1	14/10/2014	Lima	11:39	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que al completar los datos del registro de reclamos y averías, no aparece la opción de servicio de telefonía fija.
2	14/10/2014	Lima	12:36	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que luego de completarse los datos del registro de reclamos y averías, y presionar la opción "enviar", la página web solo ha quedado en búsqueda de operadores disponibles.
3	22/10/2014	Ayacucho	10:05	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que la constancia electrónica del reporte presentado no fue remitida al correo electrónico señalado por el usuario.
4	22/10/2014	La Libertad	11:00	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que no permitió la impresión de la constancia del reporte presentado.
6	22/10/2014	Moquegua	11:11	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que durante el proceso de la presentación del reporte, al completarse los datos, la página web se torna oscura y no puede proceder con el trámite.
6	22/10/2014	Cajamarca	16:00	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que si bien se llenó el formulario del reporte y enviarse, aparecen casillas de los datos del Registro resaltados en color rojo, como si estos no fueron completados.
7	22/10/2014	Huancavelica	16:05	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que si bien se llenó el formulario de Reclamo y luego enviarse, se redirecciona al formato de "Atención en Línea", sin generarse la constancia del mismo.
8	22/10/2014	Junín	16:40	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que si bien se completó el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
9	22/10/2014	Pasco	17:15	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que si bien se completó el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
10	22/10/2014	Huánuco	17:45	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que si bien se completó el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
11	22/10/2014	Huánuco	18:25	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del Tuo de las CDU, debido a que no permite completar el formulario, solo se redirecciona a la

<sup>13</sup> Las supervisiones se realizaron en ejercicio de las facultades atribuidas por las siguientes Leyes: i) Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, ii) Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, iii) Decreto Legislativo N° 807, Facultades, Normas y Organización del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, iv) Resolución de Consejo Directivo del OSIPTEL N° 034-97-CD/OSIPTEL, Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la Normativa Aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones; entre otras.





PERU

Presidencia  
del Consejo de MinistrosComisión Interministerial de  
Regulación y Fomento de  
Servicios de Telecomunicaciones

				página de registro de reclamo.
12	22/10/2014	Cusco	18:45	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que no permite completar el formulario, solo se redirecciona a la página de registro de reclamo.
13	22/10/2014	San Martín	19:11	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que al completar los datos del registro de reclamos y averías, no aparece la opción de servicio de telefonía fija.
14	23/10/2014	Madre de Dios	14:39	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que a pesar de que se han completado los datos del registro de reclamos y averías, no se permite acceder al formulario.
15	23/10/2014	Cajamarca	14:45	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que a pesar de que se completa el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
16	23/10/2014	Puno	15:59	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se completa el formulario y se procede a enviar, redirecciona a la sección registro del reclamo, con los datos vacíos sin generar la respectiva constancia.
17	23/10/2014	Amazonas	16:57	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se completa el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
18	23/10/2014	Piura	17:22	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que al completar los datos del registro de reclamos y averías, no aparece la opción de servicio de telefonía fija.
19	23/10/2014	Amazonas	17:34	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que durante el llenado del registro de reporte, no se permitió la selección de la provincia, lo cual impidió continuar con el respectivo registro.
20	23/10/2014	Apurímac	17:43	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que al completar los datos del registro de reclamos y averías, no aparece la opción de servicio de telefonía fija.
21	23/10/2014	Pasco	18:50	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se completa el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
22	23/10/2014	Ica	19:25	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se completa el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
23	23/10/2014	Arequipa	22:15	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que no se pudo registrar el reclamo, toda vez que al ingresar al link de Reclamos y averías de la Web, salía un mensaje de error "internal server error".
24	24/10/2014	Junín	12:20	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se completaron los datos del Formulario de Registro, no se pudo continuar con el mismo porque se queda en tiempo de espera, buscando operadores.
25	24/10/2014	Apurímac	12:21	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que al completar los datos del registro de reclamos y averías, no aparece la opción de servicio de telefonía fija.
26	24/10/2014	Amazonas	15:11	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se completa el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
27	24/10/2014	Junín	15:14	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se llenó el Registro de reclamo y luego enviarse, no se genera la constancia de la presentación del mismo.
28	24/10/2014	Amazonas	16:31	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que durante el llenado del registro de reporte no se permitió la selección de la provincia, que es un campo obligatorio, lo cual impidió continuar con el respectivo registro.
29	24/10/2014	Piura	16:34	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se llenó el formulario de reclamo, se redirecciona al formato de "Atención en Línea", sin generarse la constancia del mismo.
30	24/10/2014	Ica	17:50	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se completó el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
31	24/10/2014	Arequipa	22:37	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que no se pudo registrar el reclamo, toda vez que al ingresar al link de Reclamos y averías, sale un mensaje de error "internal server error".
32	27/10/2014	Huánuco	11:05	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se completó el registro de reclamos y averías, aparece un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
33	28/10/2014	Madre de Dios	13:08	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que si bien se completaron los datos del Registro de Reclamos y Averías, no se pudo continuar con el mismo se quedó procesando la orden.
34	29/10/2014	Ayacucho	17:12	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU, debido a que no se generó la constancia del reporte presentado.
35	29/10/2014	La Libertad	17:25	Habría incumplido el séptimo párrafo del Art. 43° del T.U.O. de las CDU,

COMISIÓN INTERMINISTERIAL  
DE REGULACIÓN Y FOMENTO DE  
SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

				debido a que no permitió la impresión de la constancia del reporte presentado.
--	--	--	--	--

Con relación a las actas de levantamiento de información correspondiente a las veintitrés (23) supervisiones realizadas del 14 al 29 de octubre 2014, conforme se advierte del Informe de Análisis de Descargos se detectó el incumplimiento del sétimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso, puesto que se verificó que:

- i) En siete (7)<sup>14</sup> casos, se intentó presentar reclamos mediante la página web de TELEFÓNICA; sin embargo, se pudo advertir que al completar los datos del registro de reclamos y averías no aparecía la opción del servicio de "telefonía fija", y en otros casos no se permitía la selección de la "provincia", lo cual impidió continuar con el respectivo registro.
- ii) En cuatro (4)<sup>15</sup> casos, luego de completar los datos del registro del reclamo y presionar la opción "enviar", la página web se torna oscura, o se queda en búsqueda de operadores disponibles y no carga.
- iii) En trece (13)<sup>16</sup> casos, luego de completar los datos del registro de reclamo y presionar la opción "enviar", sale un mensaje indicando que los datos ingresados son incorrectos.
- iv) En once (11)<sup>17</sup> casos, se observa que luego de haber ingresado el reclamo vía web, no se generó la respectiva constancia de reclamo y/o no se permitió la impresión de la misma.

En este sentido, en el presente PAS se verificó que en treinta y cinco (35)<sup>18</sup> acciones de supervisión realizadas en el mes de octubre de 2014 - los mismos que han sido plenamente acreditados en las correspondientes Actas de Levantamiento de información,<sup>19</sup> todas debidamente firmadas por el supervisor a cargo de la diligencia y con impresiones del resultado de cada uno de los Intentos por interponer un reclamo que respaldan los hechos relatados en las actas; el mecanismo en línea en la página web de TELEFÓNICA no permitía que los usuarios o abonados presentaran sus reportes, reclamos o recursos a través de la página web, configurándose el incumplimiento a lo dispuesto en el sétimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso.

En cuanto a la presunta vulneración del Principio de Licitud, cabe indicar, que corresponde a la empresa operadora acreditar que los hechos acontecidos correspondan a circunstancias fuera de su control y/o acreditar la existencia de algún evento fortuito; sin que TELEFÓNICA a lo largo del presente PAS haya cumplido con presentar medios probatorios idóneos que permitan eximirla de responsabilidad y desvirtuar la infracción imputada; en concordancia con lo establecido en el numeral 162.2 del artículo 162° de la



OSIPTEL  
PIA Y GG

CAVERO

<sup>14</sup> Acciones de Supervisión efectuadas en Lima (14 octubre a las 11:39 horas), San Martín (22 octubre a las 19:11 horas), Piura (23 octubre a las 17:22 horas), Amazonas (23 de octubre a las 17:34 horas), Apurímac (23 de octubre a las 17:43 horas), Apurímac (24 octubre a las 12:21 horas) y Amazonas (24 octubre a las 16:31).

<sup>15</sup> Acciones de Supervisión efectuadas en Lima (14 octubre a las 12:36 horas), Moquegua (22 octubre a las 11:11 horas), Junín (24 de octubre a las 12:20 horas) y Madre de Dios (28 octubre a las 13:08 horas).

<sup>16</sup> Acciones de Supervisión efectuadas en Cajamarca, Junín, Pasco, Huánuco (22 octubre a las 16:00, 16:40, 17:15 y 17:45 horas, respectivamente), Cajamarca, Amazonas, Pasco, Ica y Arequipa (23 octubre a las 14:45, 16:57, 18:50, 19:25 y 22:15 horas, respectivamente), Amazonas, Ica y Arequipa (24 octubre a las 15:11, 17:50 y 22:37 horas, respectivamente) y Huánuco (27 octubre a las 11:05 horas).

<sup>17</sup> Acciones de Supervisión efectuadas en Ayacucho, La Libertad, Huancavelica, Huánuco y Cusco (22 octubre a las 10:05, 11:00, 16:05, 18:25 y 18:45 horas, respectivamente), Junín y Piura (24 octubre a las 15:14 y 16:34 horas, respectivamente), Ayacucho y La Libertad (29 octubre a las 17:12 y 17:25 horas, respectivamente).

<sup>18</sup> Acciones de supervisión realizadas en Lima, Ayacucho, La Libertad, Moquegua, Cajamarca, Huancavelica, Junín, Pasco, Huánuco, Cusco, San Martín, Madre de Dios, Puno, Amazonas, Piura, Apurímac, Ica y Arequipa.

<sup>19</sup> Contenidas en el Expediente de Supervisión N° 0438-2014-GG-GFS.



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Ministerio de Transportes,  
Comercio Exterior, Turismo y  
Industria de la Construcción

LPAG, el cual establece que "Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas o aducir alegaciones".

Cabe reiterar que la conducta puede ser imputada por dolo o culpa, actuando culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma y dolosamente quien conoce y quiere realizar el hecho. En el caso en particular, de acuerdo a lo dispuesto en el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso, es posible concluir que no se exige la concurrencia de dolo en el incumplimiento para que se configure la infracción, siendo en consecuencia suficiente la negligencia, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que era exigible a la empresa operadora y cuyo resultado pudo preverse.

Sin perjuicio de lo mencionado, es preciso indicar que alegar la falta de intencionalidad, no constituye argumento suficiente para que se concluya que no se ha incurrido en infracción. En efecto, de acuerdo al Principio de Causalidad, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado, ninguno de los cuales se presenta en el caso concreto.

Sobre el particular, corresponde señalar que TELEFÓNICA tenía conocimiento de las obligaciones que como empresa operadora se encuentra obligada a cumplir, en el presente caso, específicamente las obligaciones establecidas en el séptimo párrafo del artículo 43° de las Condiciones de Uso, razón por la cual debió realizar todas las acciones necesarias para cumplir con tales obligaciones; más aún cuando el deber de diligencia exigido a las empresas operadoras es superior al común exigido, ello en función a su grado de especialidad o porque desarrollan actividades en virtud de una concesión, motivo por el cual se le exige un óptimo nivel de diligencia.

En atención a lo anterior, al haberse verificado el incumplimiento del séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso, no es posible eximir de responsabilidad a TELEFÓNICA; asimismo, se ha comprobado el inicio del PAS se realizó respetando los Principios de Tipicidad, Verdad Material, Presunción de Licitud y Causalidad, por lo que debe desestimarse lo alegado por la empresa operadora en este extremo.

### 1.3 Sobre la supuesta contravención a las formalidades establecidas para las acciones de supervisión.-

TELEFÓNICA indica en sus descargos que las acciones de supervisión que sustentan el presente PAS no se ajustan a lo expresamente regulado en el Reglamento General de Acciones de Supervisión (RGAS), por lo que incurrirían en vicios insubsanables, en tanto que durante tales acciones de supervisión no se contó con la presencia de un funcionario o empleado de la empresa operadora, según lo previsto en el literal a) del artículo 19° del RGAS.

Respecto a lo alegado por TELEFÓNICA, es pertinente citar lo dispuesto en el artículo 7° de la Resolución N° 34-97-CD-OSIPTEL, RGAS:

*"Artículo 7.- Se considera acción de supervisión a todo aquel acto de funcionario o instancia competente de OSIPTEL que, dentro del marco de lo establecido por el presente Reglamento, bajo cualquier modalidad, calificada o no como una auditoría o inspección, tienda a verificar que las empresas operadoras de servicios públicos*



OSIPTEL  
PIAZUCCO  
CAVERO



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Directorio de Supervisión de las Operaciones de Telecomunicaciones

cumplan con la normativa legal, contractual o técnica aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones determinado mandato o resolución de instancia competente de OSIPTEL o cualquier otra obligación que se encuentre a su cargo.

Se considera también acción de supervisión todo aquel acto de funcionario o instancia competente de OSIPTEL mediante el cual se solicite la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, cuando así se manifieste expresamente al formular requerimiento a la empresa supervisada.

Las acciones de supervisión se realizarán en los ámbitos económicos, legal y técnico y en cualquier otro que OSIPTEL estime conveniente y podrán ser efectuadas con o sin desplazamiento de los funcionarios competentes de OSIPTEL a las instalaciones de la empresa supervisada, según se estime necesario." (Subrayado agregado)

Del texto glosado, se advierte que acción de supervisión es todo aquel acto de funcionario competente que tiene como fin verificar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas operadoras. Por otra parte, los artículos 18° y 25° del RGAS disponen lo siguiente:

"Artículo 18.- Llevada a cabo una visita de supervisión, si fuera el caso, se procederá a dejar constancia de las incidencias observadas mediante acta que será levantada en el mismo acto y lugar en que fue realizada, en original y copia. La copia deberá ser entregada al funcionario con quien se ha entendido la acción de supervisión.

El acta será levantada exclusivamente por el o los funcionarios competentes de OSIPTEL y constituye documento público. La empresa supervisada podrá, de considerarlo conveniente, formular en el mismo acto los comentarios pertinentes a las incidencias observadas en la acción de supervisión, los mismos que constarán por escrito en el acta." (Subrayado agregado)

"Artículo 25.- Los funcionarios competentes de OSIPTEL o los especialistas instruidos deben:

- a) Salvo en los casos previstos por el Artículo 24 del presente Reglamento, identificarse ante la o las personas que se lo exijan al inicio de la inspección o verificación
- b) Salvo en los casos previstos por el Artículo 24 del presente Reglamento, declarar el objeto de la misma;
- c) Efectuar la acción supervisora en estricta sujeción a lo dispuesto por la instancia competente de OSIPTEL, levantando un acta que se refiera a los hechos o circunstancias constatados en la acción supervisora o de todo acontecimiento que a su criterio deba ser de conocimiento del Organismo Supervisor o de sus instancias competentes, conforme a lo dispuesto en el Artículo 19 del presente Reglamento. Tal acta será suscrita por los funcionarios competentes de OSIPTEL y, de ser el caso, por los especialistas instruidos acompañantes que hayan intervenido en la acción supervisora;
- d) Dejar constancia en acta de las incidencias observadas y, de ser el caso, de la negativa de las personas pertenecientes a la o las empresas bajo supervisión que obstruyesen, impidiesen u obstaculizasen la acción supervisora o que se negasen a suscribir el acta; y,
- e) En los casos a que se refiere el Artículo 24 del presente Reglamento, si el funcionario competente de OSIPTEL comprobare la comisión de alguna infracción, debe esperar un tiempo prudencial para que se rectifique la conducta e identificarse como tal, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que correspondan. En este caso, no procederá la aplicación de sanción alguna si hay rectificación inmediata por parte del funcionario de la empresa supervisada y la misma se efectúa de manera voluntaria, sin que medie requerimiento o identificación del funcionario competente del OSIPTEL." (Subrayado agregado)



OSIPTEL  
PJAYGG  
J. CAVERO

Del contenido de los artículos 18° y 25° del RGAS, se desprende que se encuentran referidos a aquellas supervisiones consistentes en una visita de supervisión con presencia de un representante de la empresa operadora, circunstancia en la que es materialmente posible que la empresa, de considerarlo conveniente, formule en el mismo



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Oficina General de Asesoría  
Jurídica y de Estudios Legales  
y Normativos

acto comentarios, rectifique su conducta, u otras acciones previstas en los referidos artículos.

En ese sentido, debe indicarse que el RGAS no regula todas las modalidades posibles de supervisión que se pueden adoptar para la consecución de los objetivos perseguidos. En el caso concreto, las acciones ejecutadas por la GFS se encontraron orientadas a verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso mediante la revisión del mecanismo de presentación de reclamos vía web implementado por TELEFÓNICA. Para tal efecto se dio estricto cumplimiento a lo dispuesto por la LDFF que otorgó al OSIPTEL amplias facultades de supervisión:

**Artículo 15°.- Facultades de supervisión**

*En cualquier acción de supervisión, los funcionarios responsables de efectuarlas, las gerencias o las instancias competentes de OSIPTEL, dentro de los límites establecidos en el Artículo 8° de la presente Ley, están facultados para:*

(...)

*d) Tomar copia de los archivos físicos o magnéticos, así como tomar las fotografías, realizar impresiones, grabaciones magnetofónicas o en vídeo y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción supervisora."*

(Subrayado agregado).

Como puede observarse del Informe de Supervisión, las actas de levantamiento de información fueron realizadas desde el 14 al 29 de octubre de 2014 en las instalaciones del OSIPTEL, y se efectuaron respetando los parámetros establecidos en la LDFF, toda vez que se tomaron capturas de pantalla que se adjuntan a las mismas, de donde se advierte la imposibilidad de presentar reclamos o averías.

Asimismo, las actas de supervisión fueron transcritas y han sido debidamente certificadas por un funcionario del OSIPTEL, por lo que constituye instrumento público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LDFF. En consecuencia, se considera que el presente procedimiento se ha adecuando a la LDFF, al regular dicha Ley de manera expresa y especial como una forma de registrar los hechos en las acciones de supervisión.

En atención a lo desarrollado en los párrafos precedentes, queda desvirtuado lo alegado por TELEFÓNICA en estos extremos.

#### 1.4 Respecto a la presunta vulneración de su Derecho de Defensa

TELEFÓNICA sostiene que los medios probatorios adjuntados y que forman parte del Informe de Supervisión son ilegibles, hecho que perjudica su análisis de los cargos imputados y afecta su derecho de defensa.

Respecto al Principio de Debido Procedimiento, es necesario hacer referencia a lo señalado por MORÓN URBINA:

*"(...) la dimensión más conocida del derecho al debido proceso, comprende una serie de derechos que forman parte de un estándar mínimo de garantía para los administrados, que a grandes rasgos y mutatis mutandi implican la aplicación a la sede administrativa de los derechos concebidos originariamente en la sede de los procesos jurisdiccionales. Por lo general se suelen depender los siguientes subprincipios esenciales: el contradictorio, el derecho a la defensa, el derecho a ser notificado, el acceso al expediente, el derecho de audiencia, el derecho a probar, entre otros."<sup>20</sup>*

<sup>20</sup> En MORÓN Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Undécima Edición. Agosto 2015. Pág. 64.



En efecto, el OSIPTEL es respetuoso de todas las garantías del debido procedimiento, particularmente del derecho que tienen los administrados a una adecuada motivación de las decisiones de la Administración. Por lo tanto, TELEFÓNICA goza de los derechos y garantías regulados por el marco normativo vigente como: el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

En ese sentido, es necesario mencionar que en la carta C.1669-GFS/2016 que dio origen al presente PAS se le comunicó a TELEFÓNICA i) cuáles eran los actos u omisiones que se le imputaban y que podían constituir infracciones, ii) las normas que prevén dichos actos u omisiones como infracciones administrativas, iii) la calificación de dichas infracciones administrativas, iv) el órgano competente para imponer las sanciones, así como v) la norma que atribuye tal competencia, otorgándole un plazo para que presente sus descargos por escrito.

De la misma manera, considerando que el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso establece claramente la infracción cometida, el Informe de Supervisión detalla cada uno de los casos evaluado, sustentando de forma clara las razones que dieron lugar al inicio del presente PAS; por lo tanto, el inicio del presente PAS cumple con los requisitos de validez establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (LPAG).

Adicionalmente, cabe mencionar que en la carta N° C.1669-GFS/2016, se puso en conocimiento de TELEFÓNICA que tenía acceso del expediente de supervisión N° 00438-2014-GG-GFS, donde se encuentran las actas de levantamiento de información que recogen los print de pantalla realizados oportunamente los cuales son legibles; estos a su vez, contienen CDs donde se encuentran los print de pantalla que permiten realizar zoom a las imágenes para mayor claridad de las pruebas recopiladas.

Sin perjuicio de ello, es preciso indicar que con la Carta N° TP-AG-GGR-2310-16 de fecha 22 de setiembre de 2016, TELEFÓNICA solicitó copia del íntegro del expediente de supervisión N° 00438-2014-GG-GFS. Así, el 07 de octubre de 2016, previa cancelación de la Factura Electrónica N° E001-440, se le hizo entrega a TELEFÓNICA<sup>21</sup> de las seiscientos diecinueve (619) páginas y treinta y siete (37) DVDs que contenía el Expediente de Supervisión, tal como puede observarse a continuación:



<sup>21</sup> Las seiscientos diecinueve (619) copias y treinta y siete (37) DVDs, que contenía el Expediente de Supervisión fueron entregadas al señor Javier Alfredo Andía Marfío, identificado con DNI N° 44104995, autorizado para el recojo y gestión de pago de las copias mediante carta TP-AG-GGR-2310-16.







PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de  
Inversión Privada en  
Energía y Gas

OSIPTÉL	FOLIOS
GG	114

o asumir la sanción; debiendo considerarse a efectos de la graduación, criterios como la gravedad del daño al interés público, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido, y la existencia o no de intencionalidad por parte del infractor.

Como se puede advertir, con el inicio del presente PAS de ninguna manera se está trasgrediendo el Principio de Razonabilidad, pues las circunstancias a las que hace referencia TELEFÓNICA como ausencia de intencionalidad y el comportamiento posterior del infractor, de acuerdo a la normativa vigente son aspectos a ser tomados en cuenta durante la determinación de la sanción a imponer.

Asimismo, se debe tener presente la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recalca en el Expediente N° 1803-2004-AA/TC, en la cual dicho Colegiado concluye que "(...) La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias (...), esto "implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos".

De esta manera, el Tribunal Constitucional<sup>22</sup> ha establecido que para tomar una decisión razonable se deben seguir cuando menos las siguientes pautas:

- a. La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.
- b. La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas.
- c. Que la medida adoptada sea la idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

Ahora bien, como se ha señalado previamente, el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso dispone que la empresa operadora que disponga de una página web de Internet deberá incluir en su página principal un mecanismo en línea que permita a los usuarios: (i) La presentación de sus reportes de avería, reclamos, recursos de reconsideración, recursos de apelación y quejas, así como adjuntar los archivos digitales que considere pertinentes; (ii) Obtener una constancia de recepción, en la que se aprecie el texto del reporte, reclamo, recurso o queja presentada con indicación del número o código de identificación del mismo; y, (iii) 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."; el incumplimiento de tal obligación implica una infracción leve, de acuerdo al artículo 2° del anexo 5 de la misma norma; verificándose en el presente caso el incumplimiento de TELEFÓNICA.

Sobre la comprensión objetiva y razonable de los hechos, debe tenerse en cuenta que el no permitir la presentación de reclamos, reportes y/o recursos mediante la plataforma virtual de la página web de TELEFÓNICA, no permitió a los usuarios ejercer

<sup>22</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los expedientes N° 2192-2004-AA-TC y N° 3567-2005-AA-TC



OSIPTÉL  
P. JAYGG  
J. CAVERO



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Oficina General de Asesoría  
Jurídica y Asesoría Técnica  
del Poder Judicial

adecuadamente su derecho a presentar reclamos, lo cual habría sido posible de haberse contado con un sistema idóneo de presentación de reclamos y/o reportes en línea.

De otro lado, es preciso tener en cuenta que el ejercicio de la potestad sancionadora y la correspondiente imposición de una sanción administrativa, se justifica y constituye el medio viable e idóneo para desalentar la comisión de la infracción, en tanto se busca una finalidad preventiva y represiva, a fin de que la empresa adopte mayor diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

De conformidad con los fundamentos expuestos, el inicio de un PAS por la comisión de las infracciones previstas en el séptimo párrafo del artículo 43° del TEO de las Condiciones de Uso, se encuentra plenamente justificado, en virtud a que con ella se busca reprimir la conducta infractora, además busca que TELEFÓNICA adopte la diligencia debida para evitar futuros incumplimientos referidos a la presentación de reclamos, reportes y recursos en línea desde su página web; no habiéndose vulnerado, por tanto, el Principio de Razonabilidad.

De otro lado, es preciso indicar que el Informe de Supervisión – que forma parte de la carta de intento de sanción - precisa los escenarios en los cuales se habría incumplido con lo establecido en el precitado artículo 43°. Asimismo, se menciona el tipo infractor configurado, y la consecuencia jurídica del mismo, detallándose la relación concreta y directa de los hechos probados y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado, por lo que se advierte una debida motivación en el intento de sanción comunicado mediante carta N° C.01669-GFS/2016.

Por lo tanto, no es sustentable la afirmación de la empresa operadora respecto a que se habría vulnerado los Principios de Razonabilidad y Debido Procedimiento, de acuerdo a los argumentos antes expuestos.

## 2. Determinación de la sanción

A fin de determinar la graduación de la multa a imponer por la infracción administrativa a lo dispuesto por el séptimo párrafo del artículo 43° del TEO de las Condiciones de Uso, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30° de LDFF, así como el Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando imponen sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Con relación a este principio, el artículo 230° de la LPAG establece, que debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia por la comisión de la misma infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Así, se procede al siguiente análisis:





(i) Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:

Este criterio de graduación se encuentra también referido en el literal f) del artículo 30° de la LDFF (beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción).

En el presente caso, el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción es el monto que se hubiera reclamado, en caso de haberse presentado el reclamo; y el costo de haber recibido el reclamo efectivamente; asimismo, se debe tener en cuenta que su comportamiento desincentiva la presentación de reclamos, lo cual constituye costos evitados por la empresa operadora, toda vez que el no generar reclamos, se evita la formación de expedientes de reclamos y las resoluciones de los mismos por la instancia competente, lo cual lo pone en una situación ventajosa, evitando las consecuencias que pudieron haber generado los reclamos.

(ii) Probabilidad de detección de la infracción:

Dada la naturaleza de la infracción, la probabilidad de detección de la misma es alta.

(iii) Naturaleza y gravedad de la infracción, daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

El séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso, establece el cumplimiento de la obligación de contar con un mecanismo en línea en su página web que permita la presentación de reclamos, reportes, apelaciones, reconsideraciones y/o quejas por parte de los usuarios y/o abonados, y otorgar constancia de recepción que contenga el número o código de identificación del reclamo.

En el presente caso, TELEFÓNICA incumplió la norma indicada, en treinta y cinco (35)<sup>23</sup> acciones de supervisión realizadas en el mes de octubre de 2014, configurándose el incumplimiento a lo dispuesto en el séptimo párrafo del artículo 43° del TUO de las Condiciones de Uso.

En consecuencia, de conformidad con lo señalado por el artículo 2° del anexo 5 del Régimen de Infracciones y Sanciones del TUO de las Condiciones de Uso, TELEFÓNICA habría incurrido en una infracción leve, haciéndose acreedora a una multa, de entre media (0.5) y cincuenta (50) unidades impositivas tributarias (UIT), de conformidad con lo establecido en el artículo 25° de la LDFF o amonestación escrita.

(iv) Magnitud del daño causado, perjuicio económico:

En el presente caso no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico.

No obstante, es importante tener en cuenta los costos en los que pudo haber incurrido un usuario para la presentación de reportes de avería, reclamos escritos o presenciales y recursos en los centros de atención de las empresas operadoras; asimismo, se debe tomar en cuenta que se ha limitado a los usuarios su derecho



OSIPTEL  
P. FAYO G  
CAVERO

<sup>23</sup> Lo cual representa al 74.46% de incumplimientos (de un total de cuarenta y siete -47- acciones de supervisión)



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de  
Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

de reclamación al no permitir recabar la constancia de presentación de dichos documentos, los cuales no sólo se materializan con el desplazamiento físico hacia las oficinas de las referidas empresas y el costo económico que conlleva, sino que también incluye el costo de oportunidad para la realización de dicho trámite.

(v) Reincidencia en la comisión de la infracción:

En la medida que los hechos constitutivos de la infracción que se sigue en el presente PAS ocurrieron durante la vigencia del RFIS corresponde efectuar el presente análisis en el marco de lo dispuesto en dicha norma.

En ese sentido, en el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 230° de la LPAG.

(vi) Circunstancias de la comisión de la infracción, comportamiento posterior del sancionado, atenuantes de responsabilidad:

En el presente caso se advierte que la empresa TELEFÓNICA no demostró una conducta diligente que, de haber existido, habría evitado o paliado el resultado producido.

(vii) Intencionalidad en la comisión de la infracción:

En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

(viii) Capacidad económica:

La LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En el presente caso, los incumplimientos que dieron lugar al inicio del presente PAS se advirtieron a partir del año 2014, en tal sentido, la multa a imponerse a la empresa TELEFÓNICA no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2013.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF, al Principio de Razonabilidad, y al análisis efectuado en la presente resolución; corresponde sancionar a la empresa TELEFÓNICA PERÚ S.A.A, con una multa de VEINTIÚN (21) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el séptimo párrafo del artículo 43° de la misma.

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

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.- MULTAR** a la empresa TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A., con VEINTIÚN (21) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el 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; al haber incumplido lo establecido en el séptimo párrafo del artículo 43° del



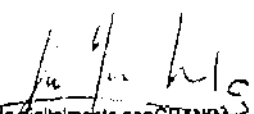
OSIPTEL  
GERENCIA GENERAL  
CAVERO



mencionado cuerpo normativo, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**Artículo 2º.-** La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días computados a partir del día siguiente de notificada la sanción, obtendrá el beneficio de pago reducido del treinta y cinco por ciento (35%) de su monto total, siempre que no sea impugnada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18º del actual Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Regístrese y comuníquese,

  
Firmado digitalmente por GRANDA  
BECERRA Ana Maria  
(FAU20216072155)

ANA MARIA GRANDA BECERRA  
GERENTE GENERAL



