



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

2018-02-16 09:08
228

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00036-2018-GG/OSIPTEL

Lima, 16 de febrero de 2018

EXPEDIENTE Nº	:	00087-2016-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO: El recurso de reconsideración presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), con fecha 11 de octubre de 2017, contra la Resolución Nº 00207-2017-GG/OSIPTEL; así como el Informe Nº 00010-PIA/2018.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

- Mediante Informe de Supervisión Nº 00894-GFS/2016 (Informe de Supervisión) de fecha 21 de diciembre de 2016, emitido en el expediente de supervisión Nº 00136-2016-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la entonces Gerencia de Fiscalización y Supervisión (hoy GSF) se pronunció en relación al resultado de la evaluación del cumplimiento por parte de TELEFÓNICA, de lo dispuesto en el artículo 7º de la Norma que regula el procedimiento para la entrega de información al OSIPTEL de equipos terminales móviles reportados como sustraídos, perdidos y recuperados, aprobada por Resolución de Consejo Directivo Nº 050-2013-CD/OSIPTEL (Resolución Nº 050), durante el periodo del 01 de agosto al 31 de diciembre de 2015, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

VI. CONCLUSIONES

(...)

- 6.2 Por otro lado, se verifica que durante el periodo de evaluación (01 de agosto al 31 de diciembre de 2015), el 9.80% de los archivos que TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. carga en el Sistema de Intercambio Centralizado fueron transferidos después de la hora establecida en el cronograma de actividades del numeral 6 del Anexo 1 de la Norma que regula el procedimiento para la entrega de información al OSIPTEL de equipos terminales móviles sustraídos, perdidos y recuperados.
 - 6.3 En atención a lo expuesto en el numeral 6.2, TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido lo dispuesto por el Artículo 7º de la Norma que regula el procedimiento para la entrega de información al OSIPTEL de equipos terminales móviles reportados como sustraídos (hurtados y robados), perdidos y recuperados, aprobada por Resolución de Consejo Directivo Nº 050-2013-CD/OSIPTEL, que dispone que el intercambio de la información debe efectuarse conforme la periodicidad y lo indicado en el Anexo 1 del mismo cuerpo normativo.
- A través de la carta Nº C.02568-GFS/2017, notificada el 20 de enero de 2017, la GSF comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS), al haberse advertido que habría incurrido en la infracción tipificada en el numeral 11 del Anexo 2 de la Resolución Nº 050-2013-CD/OSIPTEL; otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para la remisión de sus descargos.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

3. A través de la comunicación TP-0462-AG-GGR-17 presentada el 08 de febrero de 2017, TELEFÓNICA presentó sus descargos por escrito (Descargos 1).
4. Con fecha 06 de julio de 2017, la GSF remitió a la Gerencia General el Informe N° 00100-GSF/2017 de análisis de los descargos presentados (Informe final de instrucción), el mismo que fue puesto en conocimiento de TELEFÓNICA mediante carta N° 00892-GG/2017, de fecha 18 de agosto de 2017, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles.
5. Mediante comunicación TP-2576-AG-GGR-17 presentada el 29 de agosto de 2017, TELEFÓNICA presentó descargos adicionales al presente PAS (Descargos 2) en relación al Informe final de instrucción.
6. Con fecha 06 de setiembre de 2017, se realizó el Informe Oral de TELEFÓNICA.
7. Mediante carta TP-2751-AG-GGR-17 presentada el 08 de setiembre de 2017, TELEFÓNICA presentó alegatos adicionales (Descargos 3).
8. Mediante Resolución N° 00207-2017-GG/OSIPTTEL, notificada el 20 de setiembre de 2017, se resolvió, entre otros, lo siguiente:

***Artículo 1°.- SANCIONAR** a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., con una MULTA de cuarenta y tres punto treinta y cinco (43.35) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en numeral 11 del Anexo 2 de la Norma que regula el procedimiento para la entrega de información al OSIPTTEL de equipos terminales móviles reportados como sustraídos, perdidos y recuperados, y establece el Régimen de Infracciones y Sanciones correspondiente a la Ley 28774 y disposiciones reglamentarias, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 050-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias, por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el artículo 7° de la referida norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.*

9. Mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2017, TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00207-2017-GG/OSIPTTEL.
10. Con Informe N° 00010-PIA/2018, de fecha 16 de febrero de 2018, que forma parte integrante de la presente resolución, la Primera Instancia Administrativa de la Gerencia General emitió opinión legal y adjunta el proyecto de Resolución que resuelve el recurso de reconsideración.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

1. De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 216.2 del artículo 216° del Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles perentorios, contados desde el día siguiente de la notificación del acto impugnado.
2. Asimismo, conforme a lo señalado en el artículo 217° del TUO de la LPAG el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y debe sustentarse en nueva prueba.
3. De la revisión del recurso de reconsideración presentado por la empresa operadora, se verifica que fue interpuesto dentro del plazo legal establecido.





4. Al respecto, TELEFÓNICA considera que esta instancia debe declarar la Nulidad de la Resolución N° 00207-2017-GG/OSIPTEL, teniendo en consideración los siguientes argumentos sustentados en nueva prueba:

- a) Se debe declarar el archivo de la imputación respecto de la información transferida en el archivo del 30 de setiembre de 2015, considerando los Principios de Legalidad y Retroactividad Benigna, en atención al pronunciamiento contenido en la Resolución N° 00467-2016-GG/OSIPTEL (Anexo 1).
- b) Existe vulneración al Principio del *Non Bis in Idem* puesto que fue sancionada anteriormente en el PAS seguido en el expediente N° 00084-2016-GG-GFS/PAS (Anexo 4); y también existe vulneración al Principio de Tipicidad al verificarse que al no existir una norma que sustente la supervisión por períodos, se han iniciado PAS a otras empresas por diferentes períodos, como los seguidos en los expedientes N° 00088-2016-GG-GFS/PAS (Anexo 2) y N° 00086-2016-GG-GFS/PAS (Anexo 3).
- c) Se incumple el Principio de Verdad Material al no haberse acreditado la existencia de efectos por el incumplimiento, debiendo considerarse las sentencias emitidas por el Poder Judicial en los expedientes N° 7669-2012 y N° 5539-2014 (Anexos 5 y 6).

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

3.1 Respecto del archivo del 30 de setiembre de 2015

Como es posible advertir de la resolución impugnada, TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto en el artículo 7° de la Resolución N° 050, al advertirse que en el período del 01 de agosto al 31 de diciembre de 2015, el 9.80% de los archivos que TELEFONICA cargó en el Sistema de Intercambio Centralizado (SIC) fueron transferidos después de la hora establecida en el cronograma de actividades del numeral 6 del Anexo 1 de la Resolución N° 050.

En su recurso, TELEFÓNICA solicita se concluya el procedimiento en relación al siguiente archivo PE_MOV_20150929.TXT, cargado el 30 de setiembre de 2015 a las 03:44:23 horas, puesto que el horario de carga del mismo estaría dentro de los alcances de la Resolución N° 111-2015-CD/OSIPTEL (Resolución N° 111), emitida el 17 de setiembre de 2015, la misma que le permitía la carga de la información hasta las 04:00 horas.

Considera dicha empresa operadora que en función de los Principios de Legalidad y Retroactividad Benigna, es posible aplicar una norma a una situación o supuesto de hecho ocurrido con anterioridad a su publicación, cuando ello resulte más beneficiosa al presunto infractor aún en materia administrativa, como en el presente caso; considerando que el Derecho Administrativo, al igual que el Derecho Penal constituyen manifestaciones de la potestad punitiva del Estado.

De esta manera, señala TELEFÓNICA que el nuevo régimen de la Resolución N° 111-2015 le resulta más beneficioso, al ampliarse el horario de carga de información de entre las 00:00:00 y 01:59:59 horas (según la Resolución N° 050) hasta las 04:00 horas (Según la Resolución N° 111 el horario para la carga de la información se consideró entre las 00:00:00 y las 03:59:59 horas).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Agrega dicha empresa operadora, que en el pronunciamiento impugnado se alude a que dicha Resolución N° 111 no estaba vigente, criterio diferente al seguido en el pronunciamiento contenido en la **Resolución N° 00467-2016-GG/OSIPTEL**, emitida en el expediente N° 0004-2016-GG-GFS seguido contra América Móvil Perú S.A.C. (AMÉRICA MÓVIL), la misma que alcanza como nueva prueba (Anexo 1).

En relación a ello, indica TELEFÓNICA que a diferencia del presente caso, en la mencionada Resolución N° 00467-2016-GG/OSIPTEL en los correspondiente a las circunstancias de la comisión de la infracción se aceptó la aplicación de la Resolución N° 111, pese a que no se encontraba vigente al momento de su comisión, archivándose los casos en los cuales se cargó la información dentro del plazo establecido por esta última norma.

En consecuencia, considera dicha empresa operadora que tal criterio debe ser considerado también en el presente PAS, en aplicación de los Principios de Igualdad ante la Ley, Imparcialidad y Uniformidad; así como de Predictibilidad y Confianza Legítima.

Al respecto, no obstante lo señalado por TELEFÓNICA, a través de la resolución impugnada N° 00207-2017-GG/OSIPTEL esta Instancia se pronunció en relación al Principio de Irretroactividad en relación a la aplicación de la Resolución N° 111; con lo cual, aun cuando TELEFÓNICA alude a la aplicación del Principio de Legalidad, lo hace para argumentar la aplicación de la mencionada norma; siendo así, no correspondería emitir pronunciamiento sobre este aspecto en particular, puesto que no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos.

De otro lado, en cuanto a la aplicación de la Resolución N° 00467-2016-GG/OSIPTEL, la misma que fue emitida en el trámite del PAS seguido en el expediente N° 004-2016-GG-GFS/PAS, debe indicarse que dicho expediente aún se encuentra en trámite ante la Gerencia General, siendo así no se cuenta con un pronunciamiento firme en vía administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe referir que en tal caso, el pronunciamiento de la Gerencia General contenido en la indicada resolución N° 00467-2016-GG/OSIPTEL, fue emitido el 28 de setiembre de 2016, con posterioridad a la publicación de la Resolución N° 111 el 17 de setiembre de 2015; con lo cual, existía una expectativa válida sobre su entrada en vigencia. No obstante, en el presente PAS, la resolución de Gerencia General cuestionada fue emitida el 19 de setiembre de 2017, luego de haberse publicado la Resolución N° 081-2017-CD/OSIPTEL el 13 de julio de 2017, la misma que en su Única Disposición Complementaria Derogatoria, deroga expresamente la Resolución N° 111.

En consecuencia, en aplicación del Principio de Legalidad, no corresponde aplicar al presente caso la indicada Resolución N° 111 al haber sido derogada, no existiendo por tanto, vulneración a los Principios de Igualdad ante la Ley, Imparcialidad, Uniformidad, Predictibilidad o Confianza Legítima.

Finalmente, cabe señalar que la hora de carga de los archivos, incluido el correspondiente al 30 de setiembre de 2015 fue considerado por esta Instancia al momento de realizar la graduación de la sanción del PAS (en circunstancias de la comisión de la infracción); asimismo, considerando que los casos en los cuales se detectó el incumplimiento fueron cargados antes del inicio del presente PAS, se consideró el cese de la conducta infractora como factor atenuante de responsabilidad, lo cual determinó una reducción de la multa (51 UIT, la mínima en la escala de infracciones graves) en un 15%.

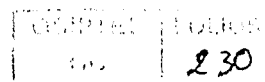




PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



3.2 Respecto del Principio *Non Bis in Idem*

Señala TELEFÓNICA que con anterioridad, el OSIPTEL inició un PAS por el mismo incumplimiento en el expediente N° 00084-2016-GG-GFS/PAS¹ el 17 de diciembre de 2015, por el mismo supuesto de hecho; en relación al cual adjunta como nueva prueba la **carta de imputación de cargos N° C.2375-GFS/2015** (Anexo 4).

Refiere dicha empresa operadora que si bien se trata de periodos variables, la Resolución N° 050 no dispone que la supervisión del cumplimiento de la obligación se realice por periodos de tiempo, lo cual conlleva al inicio de diferentes procedimientos sancionadores en su contra, con la consecuente amenaza de imposición de multas por cada uno de ellos, como si se tratara de hechos aislados.

Considera TELEFÓNICA que existe una vulneración al Principio de Tipicidad, al no haberse considerado en la imputación que la obligación fiscalizable se deba realizar ni en un determinado periodo de tiempo ni con determinadas características; por ello, el análisis de la autoridad debe realizarse en el mayor plazo posible y abarcar la mayor cantidad de acciones de supervisión.

Agrega que en virtud de la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL, Reglamento de Supervisión, las características de la muestra sobre la cual se realizará la supervisión serán establecidas por el Consejo Directivo, por lo cual, la GSF no se encontraba con habilitación legal para proceder a la supervisión por periodos.

De otro lado, TELEFÓNICA alcanza como nuevas pruebas: **la comunicación de imputación de cargos N° C.2566-GFS/2016** del expediente N° 088-2016-GG-GFS/PAS (Anexo 2) seguido contra AMÉRICA MÓVIL por la misma infracción que es materia del presente PAS, en el cual el periodo de supervisión abarcó del 01 de octubre al 31 de diciembre de 2015; y **la comunicación de cargos N° 02554-GFS/2016** del expediente N° 086-2016-GG-GFS/PAS (Anexo 3), seguido contra Viettel del Perú S.A.C. (VIETTEL) en la cual el periodo supervisado del incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso abarcó del 01 de octubre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015.

Al respecto, señala TELEFÓNICA que los plazos de supervisión en los expedientes indicados representan un plazo mayor en relación a los PAS que le fueron iniciados, (N° 084-2015-CD/OSIPTEL y N° 087-2016-CD/OSIPTEL), lo cual evidencia que la GSF no utiliza periodos similares para sancionar a las empresas operadoras, lo cual, según considera, vulnera los Principios de Igualdad y Razonabilidad, puesto que las supervisiones por periodos cortos implican una mayor cantidad de PAS. Agrega que lo correcto hubiese sido que en el mismo expediente se incluyan todos los supuestos de incumplimiento detectados.

Concluye TELEFÓNICA que se vulnera el Principio de *Non Bis in Idem*, puesto que se le pretende sancionar dos veces por la misma infracción en el presente PAS así como en el expediente N° 084-2015-CD/OSIPTEL, cuando la norma no registra periodo de tiempo para supervisar y puede realizarse dentro de un mismo PAS. Considera así, la empresa operadora que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento; y que en la práctica se le pretende imponer dos sanciones derivadas del incumplimiento de una sola obligación, lo cual constituye un exceso de punición.

¹ Si bien en la página 11 (folio 160) de su recurso de reconsideración, TELEFÓNICA alude al expediente N° 00085-2016-GG-GFS/PAS, el número correcto es el 00084-2016-GG-GFS/PAS.





Al respecto, se aprecia que TELEFÓNICA en su recurso presenta una nueva argumentación jurídica que sustentaría la vulneración del Principio de Tipicidad por la imputación, al señalar que no existiría una norma que sustente la supervisión por períodos; no obstante, cabe señalar que no corresponde a esta Instancia pronunciarse sobre ello, atendiendo a la naturaleza del recurso de reconsideración, el mismo que exige la existencia de un hecho nuevo no evaluado con anterioridad que permita a la Autoridad revisar su pronunciamiento.

En cuanto a las nuevas pruebas contenidas en los Anexos 2 y 3, las cuales acreditarían diferencias en los períodos de las supervisiones realizadas por la GSF; corresponde precisar en relación a la comunicación de imputación de cargos N° C.2566-GFS/2016 del expediente N° 088-2016-GG-GFS/PAS (Anexo 2), seguido contra AMÉRICA MÓVIL, que de la revisión de dicho expediente se advierte la comunicación N° C.00372-GSF/2017 notificada el 26 de junio de 2017², en la cual la GSF refiere la existencia de un error en la imputación de cargos en cuanto al período evaluado, puesto que conforme al Informe de Supervisión N° 00895-GFS/2016, el período correcto es del 01 de agosto al 31 de diciembre de 2015.

En relación a los períodos de supervisión, es necesario señalar que, en ejercicio de su función supervisora, según el Principio de Discrecionalidad previsto en literal d) del artículo 3° del Reglamento de Supervisión³, recogido también en el artículo 3° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, el OSIPTEL tiene la facultad legal de determinar los planes y métodos de supervisión, lo cual incluye los períodos de supervisión; los cuales suponen una especificación clara de las acciones de supervisión que se ejecutarán y de las entidades que serán materia de supervisión, lo cual se plasma en el correspondiente Plan de Supervisión.

Sin perjuicio de lo anterior, y no obstante lo señalado por TELEFÓNICA, en el caso de dicha empresa y de AMÉRICA MÓVIL, los primeros expedientes (N° 0084-2015-GG-GFS/PAS y N° 0004-2016-GG-GFS/PAS, respectivamente) iniciados para la verificación del cumplimiento del artículo 7° de la Resolución N° 050 involucraron un período extenso de supervisión, considerando que se verificaba por primera vez la obligación atendiendo a la vigencia de dicha norma⁴; resultando en suma similares los períodos verificados.

Asimismo, corresponde referir que en el caso de VIETTEL, atendiendo al inicio de operaciones⁵ de dicha empresa operadora, y la primera verificación de la Resolución N° 050-2013-CD/OSIPTEL, el período de supervisión fue desde octubre de 2014 hasta el año 2015, como se confirma con la comunicación de imputación de cargos N° 02554-GFS/2016 (Anexo 3).

En atención a lo señalado, no existe sustento para afirmar violación a los Principios de Igualdad y Razonabilidad.

De otro lado, en cuanto a la vulneración al Principio de *Non Bis In Idem*, atendiendo que, según considera TELEFÓNICA, con anterioridad fue sancionada por la misma infracción en el expediente N° 00084-2016-GG/OSIPTEL, iniciado el 17 de diciembre de 2015 con la carta de imputación de cargos N° C.2375-GFS/2015 (Anexo 4); cabe referir que según

² Folio 73 del expediente N° 088-2016-GG-GFS/PAS

³ Aprobado mediante Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL

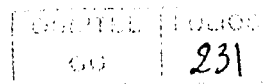
⁴ Debe considerarse que si bien la Resolución N° 050-2013-CD/OSIPTEL fue publicada el 20 de abril de 2013, según su Primera Disposición Transitoria, se estableció un período de sesenta (60) días calendario para que las empresas realizaran las adecuaciones y pruebas técnicas necesarias para la realización del intercambio de información.

⁵ Cabe señalar que mediante Resolución N° 015-2014-MTC/27 del 15 de enero de 2014, se dispone en su artículo 3° que el plazo para que la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C. cumpla con la obligación del Plan de Cobertura se prorroga por un período de seis meses (6) meses, contados a partir del 26 de enero de 2014, es decir hasta el 26 de julio de 2014.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

lo previsto en el artículo 246° del TUO de la LPAG, en virtud de dicho Principio se prohíbe imponer sucesiva o simultáneamente una sanción en los casos en que se aprecie la identidad de *sujeto, hecho y fundamento*.

Así, si bien el referido Principio proscribe la duplicidad sucesiva o simultánea de imputaciones, procesamientos y sanciones por parte del Estado, también establece un requisito primordial para darse la exclusión de la segunda sanción, para lo cual, se requiere se haya producido la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

En el caso en particular, en cuanto a la identidad de sujeto, resulta importante indicar que en ambos casos, es decir, tanto en el presente PAS como en el expediente N° 00084-2015-GG-GFS/PAS, el administrado es TELEFÓNICA, por lo que se cumple con el primer requisito.

Con relación al requisito de identidad de hecho, se tiene que si bien en ambos casos se verifica el incumplimiento del artículo 7° de la Resolución N° 050, se aprecia de la Tabla 1 que los períodos de supervisión son diferentes, puesto que en el caso del expediente N° 0084-2015-GG-GFS/PAS, el período de supervisión comprendió del 22 de junio de 2013 al 31 de marzo de 2014, y del 01 de enero al 31 de julio de 2015; y en el caso del presente PAS (expediente N° 0087-2016-GG-GFS/PAS), dicho período comprende del 01 de agosto al 31 de diciembre de 2015.

Por tanto, de lo señalado se entiende que al tratarse de conductas distintas no se cumple con la segunda exigencia para la aplicación del Principio *Non bis in Idem*.

Finalmente, con relación a la identidad de fundamento, en ambos casos al tratarse de la misma infracción, el bien jurídico protegido está relacionado con el cumplimiento de la carga de la información el directorio "Transferencia" del SIC, de manera oportuna, impidiendo la habilitación de líneas móviles en terminales reportados como robados, hurtados, perdidos por parte de las empresas operadoras del servicio de telefonía móvil.

De las consideraciones expuestas se advierte que, en la medida que no existe en el presente caso "*identidad de hecho*" no se presenta la triple identidad requerida para invocar la aplicación del *Non Bis In Idem*.

3.3 Sobre la acreditación de efectos por el incumplimiento

Señala TELEFÓNICA que en el presente caso corresponde aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la conducta según lo previsto en el literal f) numeral 1 del artículo 255° del TUO de la LPAG; con lo cual, manifiesta su desacuerdo con la resolución impugnada, así como con la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-CD/OSIPTEL, al establecer el criterio de reversión de los efectos para considerar la subsanación voluntaria de la conducta, puesto ello resultaría contrario al Ordenamiento.

Dicha empresa operadora manifiesta que la resolución impugnada se limita a describir la finalidad de la normativa, sin acreditar los efectos que se habrían generado por la comisión de la infracción, lo cual representa un despropósito y desnaturaliza la figura de la subsanación voluntaria que permita la exoneración de responsabilidad administrativa.

Refiere así que con ello se eleva una prohibición para determinadas conductas que a criterio del Órgano Instructor resultan ser irreversibles y/o irreparables, imponiendo condiciones menos favorables que las que están previstas en la Ley, sin haber sido calificadas como excepciones por el Ordenamiento.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Agrega que con tal interpretación restrictiva se contraviene el Principio de Verdad Material en el presente caso, al asumir que todos los IMEI consignados en los archivos cargados tardíamente habrían sido usados indebidamente, sin considerar que el bloqueo de los equipos terminales forma parte de un segundo tiempo (luego de la carga de información) a cargo de terceros sobre los cuales no tiene mayor control.

Manifiesta TELEFÓNICA que en el presente caso se corrigieron los efectos generados por su conducta, puesto que una vez cargados los archivos estos se encontraron en el SIGEM⁶ a disponibilidad de resto de las empresas operadoras para proceder a la descarga respectiva, debiendo asumirse en virtud a ello, que estas cumplieron con el bloqueo según lo dispuesto por la norma, corrigiéndose los efectos del incumplimiento y acreditándose la subsanación de la conducta.

En esa línea, señala que pese al deber de la Administración de realizar las verificaciones respectivas, no existe en el PAS sustento de la existencia de un efecto perjudicial concreto, debiendo considerarse que en virtud del Principio de Verdad Material, cuando el efecto no se materialice o su existencia no haya sido objeto de acreditación, no amerita la aplicación de medidas gravosas o de corrección contra el administrado.

Como sustento de lo anterior, TELEFÓNICA remite la **Sentencia del Expediente N° 7669-2012 emitida por el Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo** que alcanza como nueva prueba (Anexo 5); en la cual se declaró fundada su demanda al no haber comprobado el OSIPTEL la existencia de un efecto que revertir.

De igual manera, TELEFÓNICA alude a la **Sentencia del Expediente N° 5539-2014-2014 emitida por Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo** que alcanza como nueva prueba (Anexo 6); en la cual se ampara su pretensión y se señala expresamente en relación a la magnitud del daño para efectos de graduar la sanción, que se debe apuntar a probar la existencia puntual y específica del daño o efecto causado.

Al respecto, en cuanto a la disconformidad de TELEFÓNICA con lo resuelto en la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-CD/OSIPTEL, debe señalarse que el recurso de reconsideración no es la vía idónea para cuestionar lo resuelto por el Consejo Directivo en un pronunciamiento que agota la vía administrativa.

En cuanto a los pronunciamientos del Poder Judicial alcanzados como nueva prueba por TELEFÓNICA, cabe referir que en el caso de la Sentencia emitida en el Expediente N° 7669-2012 emitida por el Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo (Anexo 5), se evaluó la demanda presentada por dicha empresa operadora contra lo resuelto por el OSIPTEL imponiendo una Medida Correctiva a fin que proceda a otorgar el monto promocional que corresponda, de acuerdo a las promociones con registro SIRT TPTM200901805, TPTM200901806 y TPTM200901807, a los abonados que efectuaron recargas virtuales el día 22 de noviembre de 2009, y que cumplieron en dicha fecha con las condiciones establecidas para la aplicación de las mismas.

Cabe señalar que en tal caso, el Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo consideró que no se había verificado que la Medida Correctiva se ampare en una afectación real a los usuarios, puesto que no se acreditó que los abonados que efectuaron recargas en dicha fecha lo hicieron con la finalidad de beneficiarse con la tarifa promocional; máxime si la empresa operadora solicitó se le proporcione información



⁶ Sistema de Gestión de Terminales Móviles, el cual permite verificar el estado (robado, hurtado y/o perdido) en que se encuentra el equipo móvil.

respecto de la cantidad de consultas que recibió el comunicado tarifario promocional en el Sistema de Registro de Tarifas - SIRT.

De otro lado, en el caso de la Sentencia del Expediente N° 5539-2014-2014, la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, se pronunció por la impugnación de lo resuelto por el OSIPTEL en la Resolución N° 037-2014-CD/OSIPTEL, en relación al incumplimiento con la obligación de entrega de información periódica según lo establecido en la Resolución N° 050-2012-CD/OSIPTEL; revisándose lo correspondiente a la gradualidad de la sanción en el pronunciamiento impugnado, en el cual se aplicó la sanción máxima.

En relación a tales pronunciamientos, como es posible apreciar se refieren a incumplimientos diferentes al analizado en el presente PAS, y en los cuales el Poder Judicial evaluó las particularidades de los mismos para amparar las demandas interpuestas.

Cabe mencionar que los pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial han sido impugnados por el OSIPTEL: así, se ha presentado recurso de apelación contra la Sentencia emitida en el Expediente N° 7669-2012, la misma que se ha concedido con efecto suspendido con Resolución 17 del 18 de setiembre de 2017; y en el caso de la Sentencia del Expediente N° 5539-2014-2014, se presentó recurso de Casación, el mismo que se encuentra en trámite en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Sin perjuicio de lo señalado, en cuanto a la aplicación de los eximentes y atenuantes de responsabilidad, corresponde considerar que, contrariamente a lo manifestado por TELEFÓNICA, conforme a lo resuelto por el Consejo Directivo en la Resolución 092-2017-CD/OSIPTEL de fecha 10 de agosto de 2017, si bien en un procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponde al administrado que los plantea.

Cabe señalar que en el caso en particular, aun cuando TELEFÓNICA manifiesta que debe asumirse que pese a que cargó tardíamente los archivos se cumplió con el bloqueo de los equipos por parte de las demás empresas prestadoras del servicio móvil; no es posible determinar la reversión de los efectos, considerando que el procedimiento para el intercambio de los reportes de bloqueo y liberación de los equipos terminales móviles entre las empresas operadoras, consta de tres (3) etapas sucesivas delimitadas por un horario prefijado; no habiendo demostrado TELEFÓNICA que realizó alguna verificación o consulta con las demás operadoras que acredite que, en efecto se produjo el bloqueo respectivo, máxime cuando existieron demoras en la carga de información de hasta cien (100) y doscientos treinta y tres (233) días.

Asimismo, cabe señalar que a través de la Resolución N° 138-2017-CD/OSIPTEL, del 17 de noviembre de 2017, el Consejo Directivo del OSIPTEL ha confirmado la Resolución de Gerencia General N° 206-2017-GG/OSIPTEL en el mencionado expediente N° 0086-2016-GG/OSIPTEL, en relación al incumplimiento de VIETTEL de lo dispuesto por el artículo 7° de la Resolución N° 050; apreciándose que en el pronunciamiento de la Gerencia General se realizó una evaluación similar a la del presente PAS, en cuanto a que no correspondía la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la conducta.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

En atención a lo indicado, sobre la base de los pronunciamientos remitidos como nueva prueba por TELEFÓNICA no se desvirtúa la comisión de la infracción sancionada en la resolución de Gerencia General impugnada, ni corresponde en virtud a ellos la aplicación de los eximentes de responsabilidad previstos por el artículo 255° del TUO de la LPAG.

Por todo lo anteriormente señalado, teniendo en cuenta que las nuevas pruebas ofrecidas por TELEFÓNICA no desvirtúan los fundamentos que sustentaron la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 00207-2017-GG/OSIPTEL, ni se aprecia vicio alguno que cause su nulidad considerando lo previsto por el artículo 10° del TUO de la LPAG; en consecuencia, no correspondería amparar el recurso de reconsideración interpuesto.

De acuerdo a lo expuesto, el análisis y conclusiones contenidos en el Informe PIA N° 00010-PIA/2018 que esta instancia hace suyos, acorde con el artículo 6, numeral 6.2 del TUO de la Ley N° 27444;

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Desestimar el pedido de nulidad formulado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 00207-2017-GG/OSIPTEL.

Artículo 2°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 00207-2017-GG/OSIPTEL; en consecuencia, CONFIRMAR la misma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., conjuntamente con el Informe PIA N° 00010-PIA/2018, y las resoluciones de Consejo Directivo N° 092-2017-CD/OSIPTEL y N° 138-2017-CD/OSIPTEL.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por: CIFUENTES
CASTAÑEDA Sergio Enrique
(FAU20216072155)

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL

