A	:	**RAFAEL MUENTE SCHWARZ** **Presidente del Consejo Directivo**
ASUNTO	:	**Recurso de apelación presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 179-2019-GG/OSIPTEL.**
REFERENCIA	:	**Expediente N° 00022-2017-GG-GSF/PAS**
FECHA	:	**4 de octubre de 2019**

	CARGO	NOMBRE	FIRMA
ELABORADO POR	Asesor	Gustavo Oswaldo Cámara López	
REVISADO Y APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	Luis Alberto Arequipeño Tamara	

1. RESUMEN:

En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución de Gerencia General N° 179-2019-GG/OSIPTEL (en adelante, Resolución Apelada), que declaró infundado el Recurso de Reconsideración y confirmó la multa de sesenta y uno con 30/100 (61,3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), impuesta mediante Resolución de Gerencia General N° 082-2018-GG/OSIPTEL; al haber incurrido en la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 4) del Anexo 1 del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de Reclamos), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 047-2015-CD/OSIPTEL y modificatorias, por haber incumplido con lo estipulado en los numerales 1) y 4) del artículo 8° de la referida norma.

Se recomienda fundado en parte el Recurso de Apelación; confirmando la sanción y archivando una acción de supervisión.

El plazo para resolver vence el 18 de octubre de 2019.

2. ANTECEDENTES:

2.1. El 9 de agosto de 2017, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) notificó a TELEFÓNICA la carta N° C.00644-GSF/2017, mediante la cual se le comunicó el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS); al haber –presuntamente- incurrido en la infracción grave tipificada en el numeral 4) del Anexo 1 del Reglamento de Reclamos, por haber incumplido con lo estipulado en los numerales 1) y 4) del artículo 8° de la referida norma.

Al respecto, de acuerdo con el Informe N° 00034-GSF/SSDU/2017 de fecha 4 de agosto de 2017, obrante en el Expediente de Supervisión N° 00048-2016-GG-GFS, TELEFÓNICA, en diecinueve (19) acciones de supervisión, no habría permitido la presentación del reclamo solicitada por el usuario y/o no cumplió con proporcionar el código o número de identificación del reclamo.

2.2. El 23 de agosto de 2017, TELEFÓNICA solicitó prórroga para la presentación de sus descargos; petición a la que el OSIPTEL accedió mediante la carta N° C.00774-GSF/2017, notificada el 6 de setiembre de 2017.

2.3. El 27 de setiembre de 2017, TELEFÓNICA presentó sus descargos.

2.4. Mediante carta N° C.00201-GG/2018, notificada el 27 de marzo de 2018, la GSF trasladó a TELEFÓNICA el Informe N° 035-GSF/2018 de fecha 7 de marzo de 2018, el cual contiene el análisis de los descargos presentados por dicha empresa operadora. Asimismo, se otorgó a TELEFÓNICA el plazo de cinco (5) días hábiles para que formule sus descargos; los cuales fueron presentados –fuera de plazo- el 18 de abril de 2018.

2.5. A través de la Resolución N° 082-2018-GG/OSIPTEL de fecha 27 de abril de 2018, notificada el 2 de mayo de 2018[1], la Gerencia General sancionó a TELEFÓNICA

[1] Mediante carta N° C.00297-GG/2018.

con una (1) multa de sesenta y uno con 30/100 (61,3) UIT por comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 4) del Anexo 1 del Reglamento de Reclamos, por haber incumplido con lo estipulado en los numerales 1) y 4) del artículo 8° de la referida norma; de conformidad con lo verificado en quince (15) acciones de supervisión[2].

A la vez, dicha resolución dispuso el archivo del PAS respecto a cuatro (4) acciones de supervisión[3].

2.6. Con fecha 22 de mayo de 2018, TELEFÓNICA presentó Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 082-2018-GG/OSIPTEL.

2.7. Mediante Resolución N° 179-2019-GG/OSIPTEL de fecha 13 de agosto de 2019, notificada el 14 de agosto de 2019[4], la Gerencia General declaró infundado el Recurso de Reconsideración; confirmando la sanción impuesta.

2.8. El 5 de setiembre de 2019, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 179-2019-GG/OSIPTEL; solicitando se le conceda una audiencia de informe oral ante el Consejo Directivo.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL[5] (en adelante, RFIS) , y los artículos 218° y 220° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General[6] (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones; de acuerdo a lo siguiente:

a) TELEFÓNICA cuestiona la Resolución N° 179-2019-GG/OSIPTEL, mediante la cual se confirmó la Resolución N° 082-2018-GG/OSIPTEL, que sancionó a dicha empresa operadora con una (1) multa de sesenta y uno punto tres (61.3) UIT.

b) La impugnación se sustenta en distinta interpretación de los hechos y en cuestiones de puro derecho.

c) La Resolución Apelada fue válidamente notificada el 14 de agosto de 2019 y el Recurso de Apelación fue presentado el 5 de setiembre de 2019. En tal sentido, dicha impugnación se ha interpuesto dentro del plazo establecido para tal efecto; es decir, quince (15) días hábiles.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

OSIPTEL G.A.L. AREQUIPEÑO

OSIPTEL GAL G. CÁMARA

[2] Doce (12) casos por no permitir la presentación de reclamos y tres (3) casos por no proporcionar el código de reclamo.
[3] Dichas acciones de supervisión estaban referidas a reclamos por calidad, cuya gestión en particular sí varió en el Reglamento de Reclamos. La Gerencia General dispuso el archivo en aplicación del Principio de Razonabilidad.
[4] Mediante carta N° C.00368-GCC/2019.
[5] Aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias.
[6] Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

TELEFÓNICA sustenta el Recurso de Apelación, principalmente, en los siguientes argumentos:

4.1 La muestra utilizada y que sirve de sustento para la sanción, no es objetiva.

4.2 Las actas de supervisión contienen vicios y errores que acarrean su nulidad.

4.3 La sanción impuesta vulnera el Principio de Razonabilidad.

4.4 Los criterios de graduación de la sanción no están debidamente motivados.

4.5 La denegatoria de informe oral vulnera su derecho a la defensa.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

5.1. Cuestión previa. Sobre la norma incumplida por TELEFÓNICA.

El 14 de mayo de 2015, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Reglamento de Reclamos, estableciendo en la Primera Disposición Transitoria que dicha norma entraría en vigencia el 3 de agosto de 2015[7].

El artículo 8° del Reglamento de Reclamos establece lo siguiente:

> *"Artículo 8.- Prácticas prohibidas en el procedimiento de reclamos*
> *En la atención y tramitación de reclamos, recursos y quejas, las empresas operadoras se encuentran prohibidas de:*
>
> *1. Impedir o negar la presentación de reclamos, recursos y quejas, bajo cualquiera de las formas establecidas en el presente Reglamento.*
> *(...)*
> *4. Omitir proporcionar al usuario el código o número de reclamo, recurso o queja, al momento de su presentación o si el usuario lo solicitara.*
> *(...)."*

El Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Reclamos prescribe lo siguiente:

	TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN	SANCIÓN
4	*La empresa operadora que en la atención y tramitación de reclamos, recursos o quejas: (i) se niegue a recibir los reclamos, recursos o quejas que le sean presentados o impida su presentación, bajo cualquiera de las formas de presentación establecidas, (...) y/o (iv) no proporcione al usuario el código o número del reclamo, recurso o queja, al momento de su presentación o si el usuario lo solicitara, (...); incurrirá en infracción grave. (Artículo 8°)*	*GRAVE*

El Reglamento de Reclamos derogó la Directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante, la Directiva de Reclamos), aprobada con Resolución de Consejo Directivo N° 015-99-CD/OSIPTEL.

[7] Con excepción de lo dispuesto en el artículo 11 de la norma, sobre los mecanismos adicionales de acceso e información del expediente, que entraría en vigencia el 3 de mayo de 2016.

Al respecto, el numeral 1) del artículo 21° de la Directiva de Reclamos[8] establecía que la empresa operadora estaba obligada a recibir los reclamos y recursos que le sean presentados, no pudiendo negarse a recibirlos. Asimismo, el artículo 29° de la norma mencionada[9] estipulaba que la empresa operadora debía proporcionar al usuario –según el tipo de reclamo-, el código o número de reclamo, o la copia del formulario de reclamo que, entre otra información, debía contener dicho código o número. Cabe agregar, que el artículo 57° de la Directiva de Reclamos, incorporado con la Resolución N° 006-2012-CD/OSIPTEL, tipificaba el incumplimiento de sus artículos 21° y 29° como infracción grave.

Puede concluirse, por tanto, que las obligaciones de recibir reclamos, apelaciones y quejas, y de otorgar el número o código de reclamo, previstas en el Reglamento de Reclamos, no son nuevas para las empresas operadoras, sino que les resultan exigibles desde el año 1999.

5.2. Cuestionamiento a la muestra utilizada y presunta vulneración de diversos Principios de Derecho Administrativo.

TELEFÓNICA manifiesta que la sanción impuesta se sustenta en una muestra que no se basa en criterios predecibles. Añade dicha empresa, que de acuerdo al artículo 16° del Reglamento General de Supervisión[10], el OSIPTEL tiene la facultad de realizar muestreo en las supervisiones que realiza; lo cual considera relevante, toda vez que, aplicar métodos de muestreo permite la obtención de pruebas válidas que permiten sustentar si corresponde o no imponer actos de gravamen. Agrega TELEFÓNICA que, al no haber aprobado el Consejo Directivo los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de Supervisión; se han vulnerado los Principios de Legalidad, Tipicidad, Predictibilidad, Debido Procedimiento y Verdad Material, al no existir fundamento legal para la actuación del OSIPTEL.

Asimismo, TELEFÓNICA considera que la muestra utilizada por el OSIPTEL es mínima y no representativa, porque no considera la gran cantidad de reclamos que son presentadas por los usuarios. Sobre el particular, la empresa apelante

---

[8] *"Artículo 21 - Lugar de interposición de los reclamos y recursos.*
(...).
El funcionario o dependencia designado deberá:
1. Recibir los reclamos y recursos que le sean presentados, no pudiendo negarse a recibirlos. No deberá emitir opiniones con relación al resultado del procedimiento.
(...)."

[9] *"Artículo 29.- Formas de presentación del reclamo*
El reclamo deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 31 y podrá ser presentado telefónica, personalmente o por escrito ante las empresas operadoras, mediante la utilización de formularios aprobados por OSIPTEL.
1. Reclamos telefónicos y personales: las empresas operadoras deberán llenar un formulario, de acuerdo al formato contenido en el Anexo 1, 2 o 3, según sea el caso, con el nombre, fecha y firma de la persona que lo atendió, especificándose el número o código correlativo con el que se identificará el reclamo. Si el reclamo se realiza en forma personal, las empresas operadoras deberán entregar una copia del formulario con los datos completados al usuario. Si el reclamo se realiza en forma telefónica, el usuario deberá ser informado en el acto del número o código de reclamo y del lugar donde se encuentra a su disposición el formulario con los datos de su reclamo.
2. Reclamos presentados por escrito: el usuario deberá presentar además del formulario de reclamo original, de acuerdo al formato contenido en el Anexo 1, 2 o 3, según sea el caso, una copia del mismo, a fin de que sea sellado y fechado por quien lo recibe en la empresa operadora, como única constancia de su presentación y del inicio del procedimiento, debiendo constar en éste el número o código con el que se identificará el expediente.
Las empresas operadoras podrán habilitar un número de fax o una dirección de correo electrónico a fin que los usuarios puedan enviar sus reclamos. En estos casos, los usuarios tendrán derecho a obtener una constancia de recepción del reclamo por la empresa operadora."

[10] Aprobado con Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL.

OSIPTEL G.A.L. V° B°

OSIPTEL GAL CÁMARA

refiere la existencia de una fórmula para calcular porcentajes representativos de universos de elevados elementos, que ha sido usada por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) y la GSF en anteriores procedimientos; para tal efecto, remite copia de la carta C.00264-GCC.AI/2016 del 15 de diciembre de 2016 (Anexo N° 1 del Recurso de Apelación), a través de la cual el OSIPTEL remite a TELEFÓNICA, en virtud de una solicitud de acceso a la información, la fórmula usada por el TRASU para determinar el tamaño de la muestra de los procedimientos sancionadores iniciados por dicho Tribunal.

Refiere también TELEFÓNICA, que para la utilización de una muestra se necesita la determinación previa del universo a supervisar. Así, alega la empresa operadora, que en el periodo supervisado III-2015 y II-2016, se reportaron más de 939 000 reclamos; cantidad que requería la extracción de una muestra, más aún si los quince (15) casos que motivaron la sanción constituyen eventos aislados. Para acreditar ello, TELEFÓNICA ha remitido como Anexo N° 2 del Recurso de Apelación, información sobre los reclamos gestionados en el periodo indicado.

Por tanto, concluye TELEFÓNICA, que al no haber elaborado la GSF una muestra adecuada –que tampoco sería aleatoria-, no se ha demostrado la inconducta de manera representativa, con mayor razón si en más del 99,9% de las acciones de supervisión, no se determinó incumplimiento.

Luego de analizar la fundamentación expuesta por la empresa TELEFÓNICA, esta Gerencia considera que debe ser desestimada por las siguientes razones:

i) La función supervisora del OSIPTEL, de acuerdo al artículo 3° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL – Ley N° 27336 (en adelante, LDFF), se rige por el Principio de Discrecionalidad, en virtud del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo serán establecidos por el órgano supervisor y podrán tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada. En consecuencia, la GSF tiene la facultad de establecer el método de supervisión más adecuado, según la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento se requiere verificar. Ciertamente, para evitar la arbitrariedad, la discrecionalidad debe ser ejercida con sujeción al ordenamiento jurídico.

ii) Como bien refiere TELEFÓNICA, el uso del muestreo para llevar a cabo una supervisión, constituye una facultad del OSIPTEL y no una obligación. En el presente PAS, la GSF no consideró conveniente utilizar la técnica del muestreo, razón por la cual carece de objeto analizar los argumentos de TELEFÓNICA que cuestionan la -inexistente- "muestra utilizada" por el OSIPTEL, en el procedimiento de supervisión. Por ello, tampoco resulta pertinente evaluar el Anexo N° 1 del Recurso de Apelación, más aún si el TRASU constituye un órgano distinto a la GSF.

iii) En el Informe N° 00034-GSF/SSDU/2017, se indica que durante el periodo supervisado se llevaron a cabo sesenta y siete (67) acciones de supervisión[11], encontrando la Primera Instancia incumplimiento en quince (15) de ellas. Entonces, es inexacto afirmar que en más del 99,9% de las acciones de

OSIPTEL G.A.L. APECHIPEÑO

OSIPTEL GAL G. CÁMARA

[11] Se realizaron ochenta y cinco (85) acciones de supervisión, sin embargo, dieciseises (16) no cumplían con el objeto de la supervisión.

supervisión no se determinó incumplimiento; porque, en realidad, para dicha instancia el incumplimiento se produjo en el 22,39% de las acciones de supervisión llevadas a cabo. Es decir, el incumplimiento sí fue significativo considerando el número de supervisiones realizadas.

iv) No está en discusión el elevado número de reclamos que TELEFÓNICA señala haber atendido durante el periodo supervisado. Lo que importa, es que la empresa operadora sea diligente en el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus usuarios y, en el presente caso, no lo ha sido. Más aún si, en el presente PAS, se evalúan obligaciones existentes y conocidas por TELEFÓNICA desde el año 1999.

v) Por tanto, no se ha transgredido el Principio de Legalidad, porque las acciones de supervisión se han llevado a cabo dentro del marco de la LDFF. Tampoco se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, porque la conducta imputada a TELEFÓNICA se sujeta al tipo infractor del numeral 4) del Anexo 1 del Reglamento de Reclamos; no habiendo la empresa operadora demostrado lo contrario.

vi) Igualmente, se ha cumplido con el Principio de Predictibilidad, porque TELEFÓNICA ha reconocido que el OSIPTEL goza de discrecionalidad en el ejercicio de la función supervisora y que, por tanto, el uso de la técnica del muestreo es facultativa. De la misma manera, y por lo precedentemente expuesto, el Principio del Debido Procedimiento también se ha respetado, tanto en el procedimiento de supervisión como en el trámite del PAS. Por último, y como se analizará más adelante, las transcripciones demuestran fehacientemente los incumplimientos de TELEFÓNICA; lo que evidencia el cumplimiento del Principio de Verdad Material

De lo expuesto, se concluye que el método de supervisión llevado a cabo por la GSF no vulnera el ordenamiento jurídico, por lo que deben desestimarse los argumentos de TELEFÓNICA.

5.3. Objeciones relativas al desarrollo del procedimiento de supervisión.

TELEFÓNICA señala que no discute si el OSIPTEL tiene o no discrecionalidad para ejercer su función supervisora; sin embargo, considera que la misma debe tener límites y no resultar arbitraria. Así, la empresa apelante denuncia que no existió orden para el desarrollo de la actividad de fiscalización por parte de la GSF, porque el plan de supervisión fue fechado el 10 de febrero de 2016, pero los presuntos incumplimientos que se le imputa se produjeron entre agosto y octubre de 2015; es decir, antes del "inicio" de la supervisión.

En tal orden de ideas, TELEFÓNICA sostiene que dichos incumplimientos no deberían encontrarse dentro del periodo fiscalizado, porque se produjeron antes de que se dé la apertura del Expediente de Supervisión N° 00048-2016-GG-GFS. Frente a ello, la empresa considera que tales hallazgos deberían recibir el tratamiento de actuaciones preparatorias, propias de una acción de monitoreo y carentes de valor probatorio, de conformidad al Reglamento General de Supervisión; por lo que no debió siquiera darse inicio al PAS. Para reforzar este argumento, la empresa operadora presenta como Anexo N° 3 la carta C.00402-GSF/2019, expedida por la GSF luego de realizar una acción de monitoreo.

En todo caso, la empresa recurrente alega que, al haberse producido los presuntos incumplimientos durante el primer trimestre luego de iniciada la vigencia del Reglamento de Reclamos, debió imponerse una medida de advertencia, prevista en el Reglamento General de Supervisión.

Añade también TELEFÓNICA, que en este caso la primera instancia debió tomar en cuenta la Resolución N° 299-2018-CD/OSIPTEL[12], mediante la cual se dispuso revocar la sanción impuesta, por la vulneración de los Principios de Razonabilidad, Uniformidad y Predictibilidad, durante el desarrollo de la supervisión.

Luego de analizar los argumentos planteados por TELEFÓNICA, corresponde que sean desestimados por las siguientes razones:

i) Ni la LDFF, el TUO de la LPAG o el Reglamento General de Supervisión supeditan el inicio de las acciones de supervisión, a la existencia de un expediente abierto. Por el contrario, es posible recopilar evidencias del cumplimiento de obligaciones e incorporarlas luego en un expediente recién abierto. Lo que es relevante, es que tales acciones de supervisión cumplan con las exigencias mínimas que prevé el marco normativo, a fin de que resulten válidas y puedan sustentar -legítimamente- las decisiones de la Administración. De este modo, resulta reprochable intentar desvirtuar el mérito probatorio de las acciones de supervisión realizadas, únicamente porque su fecha es anterior a la apertura del Expediente de Supervisión N° 00048-2016-GG-GFS.

ii) De acuerdo al Reglamento General de Supervisión, el monitoreo está constituido por aquellas actividades que realiza el OSIPTEL de manera facultativa, con la finalidad de tomar conocimiento del desempeño de las entidades supervisadas. De este modo, si como resultado del monitoreo se advierten problemas en el cumplimiento de determinada obligación, podrán remitirse comunicaciones preventivas. Entonces, el desarrollo de monitoreos para el OSIPTEL, no es obligatorio, sino que se realizarán cuando la entidad lo estime pertinente.

iii) Ahora bien, entre el monitoreo y la acción de supervisión existen diferencias. En efecto, en estas últimas deben cumplirse las formalidades que establecen la LDFF y el Reglamento General de Supervisión, para poder respaldar, válidamente, la imposición de una sanción o una medida correctiva, si fuera el caso. Esto es lo que se aprecia en las acciones de supervisión que justifican la sanción impuesta; en tanto han sido ejercidas dentro las facultades de supervisión que tiene atribuidas al OSIPTEL. Asimismo, ninguno de los argumentos ofrecidos por TELEFÓNICA ha sido suficiente para rebatir su validez probatoria.

iv) Además, claramente, cada una de las llamadas de prueba efectuadas, así como la visita realizada, señalan expresamente que dichas acciones se enmarcan dentro de una supervisión y no en un monitoreo. Frente a ello, no es admisible que TELEFÓNICA pretenda atribuir una naturaleza distinta a las

[12] En realidad, TELEFÓNICA se refiere a la Resolución N° 229-2018-CD/OSIPTEL, emitida en el Expediente N° 00068-2017-GG-GSF/PAS.

acciones de supervisión realizadas, con el único fin de evadir la sanción impuesta como resultado de los incumplimientos advertidos. De este modo, el Anexo N° 3 presentado con el Recurso de Apelación, no tiene relevancia para desvirtuar la imputación efectuada por la GSF.

v) De otro lado, de acuerdo con el artículo 30° del Reglamento General de Supervisión, la imposición de medidas de advertencia está supeditada a la evaluación del Principio de Razonabilidad; esto es, dichas medidas no son de aplicación automática, aun cuando no concurran los supuestos de exclusión.

vi) En el caso en particular, es cierto que los incumplimientos imputados se produjeron dentro del primer trimestre desde que entró en vigencia el Reglamento de Reclamos; sin embargo, como se ha expuesto previamente, dicha norma fue publicada con una anterioridad mayor a los dos (2) meses y medio. Asimismo, los incumplimientos incurridos corresponden a obligaciones que las empresas operadoras conocen desde el año 1999.

vii) Por tanto, la GSF tuvo argumentos suficientes para descartar la imposición de una medida de advertencia a TELEFÓNICA; criterio que es compartido por esta Gerencia. En efecto, en este caso, el bien jurídico protegido -constituido por el derecho a reclamar de los usuarios- tiene cariz constitucional, en tanto el artículo 65° de la Carta Magna establece el deber del Estado de proteger el interés de los consumidores y usuarios, desde el año 1993.

viii) Finalmente, respecto a la aplicación de la Resolución N° 229-2018-CD/OSIPTEL, debe indicarse que no corresponde aplicarla como criterio similar al presente PAS, en tanto la materia sobre la que se pronuncia es diferente. En aquella ocasión, el Consejo Directivo se pronunció sobre supervisiones realizadas en un periodo que había sido objeto de una evaluación anterior, que a la vez mereció la imposición de una sanción. Como se aprecia, se trata de una situación distinta.

Adicionalmente, TELEFÓNICA, de manera más específica, ha formulado diversos cuestionamientos a las acciones de supervisión cuyos hallazgos justifican la sanción impuesta; los cuales son analizados a continuación:

a) Llamada de prueba N° 1, llevada a cabo en Tacna el 4 de agosto de 2015[13].

En la transcripción, la numeración que corresponde al Expediente de Supervisión fue completada a mano, no respetándose el criterio de inmediatez en la información, toda vez que dicho expediente fue iniciado en el año 2016, mientras que la referida transcripción da cuenta de hechos ocurridos en el año 2015. Añade TELEFÓNICA, que el hecho anterior no genera certeza sobre los funcionarios que habrían intervenido en la verificación realizada por el OSIPTEL; pues concurren, por lo menos, tres (3) personas: la que realizó la llamada, el que efectuó la transcripción de la grabación y el que completó dicho documento con el número de expediente.

Sobre lo expuesto, debe mencionarse que la identidad del supervisor que realiza la llamada y de quien suscribe la correspondiente transcripción, es la

OSIPTEL G.A.L. Folio

OSIPTEL GAL G. CAMARA

[13] Folios 63 a 68 del Expediente de Supervisión.

misma. Asimismo, el hecho de que se haya escrito a mano el número del Expediente de Supervisión, no afecta en nada la evidencia que revela la transcripción. Igualmente, el hecho de que dicho expediente haya sido fechado con posterioridad a las acciones de supervisión, tampoco perjudica el mérito probatorio ni resta certeza a las transcripciones. Por tanto, la fundamentación desarrollada por TELEFÓNICA debe ser desestimada.

b) Llamada de prueba N° 2, llevada a cabo en el Callao el 4 de agosto de 2015[14].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

c) Llamada de prueba N° 3, llevada a cabo en San Martín el 4 de agosto de 2015[15].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

Asimismo, TELEFÓNICA manifiesta que no era necesario que el supervisor asumiera la identidad del titular del servicio objeto de consulta si, de acuerdo con la información obrante en la transcripción, dicho supervisor contaba con autorización del abonado para el uso de su número telefónico en la supervisión; bastando, por ende, que actúe como usuario.

Al respecto, los argumentos de la empresa operadora no desvirtúan los hallazgos advertidos en la acción de supervisión, es decir, el incumplimiento del Reglamento de Reclamos. Asimismo, tampoco restan mérito probatorio a la transcripción que, como es sabido, constituye instrumento público.

De otro lado, TELEFÓNICA manifiesta que el supervisor pretendió inducir a error a su asesor comercial, al utilizar los términos "reporte" y "reclamo" cuando se buscaba otorgar alguna opción frente a la disconformidad del servicio.

Sobre este punto, corresponde señalar que de la lectura de la transcripción se evidencia que es el asesor comercial de TELEFÓNICA quien plantea la posibilidad de generar un "reporte", luego de que el supervisor de manera explícita indicara su intención de generar un "reclamo". Es más, la propia TELEFÓNICA reconoce en su Recurso de Apelación que, durante dicha llamada, el asesor comercial tuvo problemas al momento de hacer una diferenciación entre ambas figuras. No obstante, tal confusión es de exclusiva responsabilidad de la empresa operadora, en tanto esta tiene que asegurarse de que su personal esté debidamente capacitado respecto a la normativa vigente, a fin de brindar una adecuada orientación a los usuarios.

Por último, TELEFÓNICA justifica su conducta en la curva de aprendizaje frente al nuevo Reglamento de Reclamos, teniendo en cuenta que la acción

OSIPTEL GAL V° CAMARA

[14] Folios 86 a 94 del Expediente de Supervisión.
[15] Folios 118 a 130 del Expediente de Supervisión.

de supervisión se produjo al día siguiente de entrar en vigencia dicha norma; siendo por ello razonable que se hayan producido errores, cuya incidencia es mínima con relación a la totalidad de reclamos ingresados.

Como se ha indicado previamente, transcurrieron más de dos (2) meses y medio desde que se publicó el Reglamento de Reclamos hasta que entró en vigencia; tiempo adecuado para que TELEFÓNICA capacite a su personal. Además, las obligaciones de recibir reclamos y entregar el número o código respectivo al usuario, son conocidas para las empresas operadoras desde 1999. En consecuencia, el sustento ofrecido por la empresa apelante carece de asidero.

d) Llamada de prueba N° 4, llevada a cabo en Loreto el 4 de agosto de 2015[16].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

e) Llamada de prueba N° 5, llevada a cabo en San Martín el 4 de agosto de 2015[17].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

Asimismo, TELEFÓNICA manifiesta que no era necesario que el supervisor asumiera la identidad del titular del servicio objeto de consulta si, de acuerdo con la información obrante en la transcripción, dicho supervisor contaba con autorización del abonado para el uso de su número telefónico en la supervisión; bastando, por ende, que actúe como usuario.

Al respecto, los argumentos de la empresa operadora no desvirtúan los hallazgos advertidos en la acción de supervisión, es decir, el incumplimiento del Reglamento de Reclamos. Asimismo, tampoco restan mérito probatorio a la transcripción que, como es sabido, constituye instrumento público.

Por último, TELEFÓNICA manifiesta que de la lectura de la transcripción se observa que su asesor comercial presentó problemas al diferenciar entre la Solución Anticipada de Reclamos y reclamo por facturación. Justifica ello en la curva de aprendizaje frente al nuevo Reglamento de Reclamos, teniendo en cuenta que la acción de supervisión se produjo al día siguiente de entrar en vigencia dicha norma; siendo por ello razonable que se hayan producido errores, cuya incidencia es mínima con relación a la totalidad de reclamos ingresados.

Sobre lo expuesto, corresponde señalar que tal confusión es de exclusiva responsabilidad de la empresa operadora, en tanto esta tiene que asegurarse de que su personal esté debidamente capacitado respecto a la normativa

[16] Folios 136 a 141 del Expediente de Supervisión.
[17] Folios 155 a 162 del Expediente de Supervisión.

vigente, a fin de brindar una adecuada orientación a los usuarios.

Adicionalmente, como se ha indicado previamente, transcurrieron más de dos (2) meses y medio desde que se publicó el Reglamento de Reclamos hasta que entró en vigencia; tiempo adecuado para que TELEFÓNICA capacite a su personal. Además, las obligaciones de recibir reclamos y entregar el número o código respectivo al usuario, son conocidas para las empresas operadoras desde 1999. En consecuencia, el sustento ofrecido por la empresa apelante carece de asidero.

f) Llamada de prueba N° 6, llevada a cabo en Apurímac el 6 de agosto de 2015[18].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

De otro lado, TELEFÓNICA sostiene que, según la transcripción, el nombre del supervisor que realiza la llamada no coincide con el nombre de la persona que se presenta ante el asesor comercial. A diferencia de casos anteriores, TELEFÓNICA identifica que no se menciona que la consulta es respecto a otra línea móvil o que se tiene autorización del abonado para el uso de sus datos personales, lo que causa preocupación a dicha empresa, toda vez que la GSF debe contar con la autorización del titular de la línea.

Al respecto, la posición de TELEFÓNICA carece de asidero, porque el artículo 14° de la LDFF, señala de manera explícita que los servidores instruidos, para efectos de realizar una acción de supervisión, pueden comportarse como usuarios, potenciales clientes o terceros, entre otros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora.

Finalmente, TELEFÓNICA señala que, en este caso, al no existir facturación pendiente, no fue posible ingresar el reclamo; porque no había documento sobre el cual reclamar. Agrega que es inexacto que el supervisor en la llamada haya mencionado que el servicio consultado tenía una antigüedad de dos (2) a tres (3) meses, cuando solo tenía un (1) mes; situación que TELEFÓNICA considera que no otorga certeza a la transcripción.

Sobre este punto, es oportuno recordar a TELEFÓNICA que el Reglamento de Reclamos prohíbe impedir o negar la presentación de reclamos, sin establecer excepción alguna. De este modo, es inadmisible impedir el ejercicio del derecho al reclamo a todo usuario que considera tener una pretensión que merece ser resuelta, bajo el argumento de que no hay materia sobre la cual reclamar. En escenarios como este, la obligación de las empresas operadoras es recibir el reclamo y, en la oportunidad correspondiente, resolverlo, si fuera el caso, infundado o improcedente; a fin de que el usuario tenga una decisión motivada sobre su pretensión y ejerza el derecho de contradicción, si lo considera pertinente. Por ello, si el sistema de una empresa operadora no le permite recibir los reclamos de los usuarios, deberá asumir la responsabilidad frente a la infracción cometida.

[18] Folios 243 a 248 del Expediente de Supervisión.

Por último, el tiempo de activación del servicio indicado por el supervisor durante la llamada, en nada enerva la transgresión cometida por TELEFÓNICA; resultando irrelevante para los fines de la supervisión.

g) Llamada de prueba N° 7, llevada a cabo en Puno el 6 de agosto de 2015[19].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

De otro lado, TELEFÓNICA cuestiona la certeza de la transcripción que corresponde a esta acción de supervisión, en tanto se hace referencia a una llamada realizada el 10 de agosto de 2015, cuando en realidad aquella se efectuó el 6 de agosto de 2015. Al respecto, corresponde indicar que se trata un error material en la transcripción de la grabación, que en modo alguno desacredita el incumplimiento constatado durante la supervisión, como se verá seguidamente.

En efecto, TELEFÓNICA señala que se produjeron imprecisiones por parte del supervisor al sustentar su disconformidad, toda vez que la asesora comercial trató de orientar el registro de la llamada, a fin de generar el reclamo una vez que la factura del mes se haya emitido; pero el supervisor en ningún momento indicó su intención de reclamar, luego de la "solución" que le brindó dicha asesora.

Sobre este punto, es oportuno recordar a TELEFÓNICA que el Reglamento de Reclamos prohíbe impedir o negar la presentación de reclamos, sin establecer excepción alguna. De este modo, es inadmisible impedir el ejercicio del derecho al reclamo a todo usuario que considera tener una pretensión que merece ser resuelta, bajo el argumento de que no hay materia sobre la cual reclamar. En escenarios como este, la obligación de las empresas operadoras es recibir el reclamo y, en la oportunidad correspondiente, resolverlo, si fuera el caso, infundado o improcedente; a fin de que el usuario tenga una decisión motivada sobre su pretensión y ejerza el derecho de contradicción, si lo considera pertinente. Por ello, si el sistema de una empresa operadora no le permite recibir los reclamos de los usuarios, deberá asumir la responsabilidad frente a la infracción cometida.

En síntesis, la conducta de la empresa operadora resulta reprochable, en tanto no puede denominarse "solución" a una condición impuesta para recibir el reclamo del usuario, en una oportunidad distinta a la deseada por aquel.

h) Llamada de prueba N° 8, llevada a cabo en Puno el 6 de agosto de 2015[20].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

OSIPTEL G.A.L. FOLIO

OSIPTEL GAL G. CÁMARA

[19] Folios 249 a 253 del Expediente de Supervisión.
[20] Folios 262 a 267 del Expediente de Supervisión.

De otro lado, TELEFÓNICA cuestiona la certeza de la transcripción que corresponde a esta acción de supervisión, en tanto se hace referencia a una llamada realizada el 11 de agosto de 2015, cuando en realidad aquella se efectuó el 6 de agosto de 2015. Al respecto, corresponde indicar que se trata un error material en la transcripción de la grabación, que en modo alguno desacredita el incumplimiento constatado durante la supervisión, como se verá seguidamente.

En efecto, TELEFÓNICA señala que la asesora comercial trató de orientar al supervisor y darle la atención adecuada, señalando que el reclamo se generaría una vez que emita la facturación correspondiente; pero, finalmente, dicha asesora proporcionó un "código de reclamo", por lo que no se habría producido incumplimiento.

Sin embargo, de la revisión de la transcripción de la acción de supervisión, se evidencia que desde un inicio el supervisor quiso presentar un reclamo, pero dicha intención fue condicionada a que se emita el recibo. Es más, la asesora comercial solicitó al usuario que llamé después de unos días para que se le otorgue el código "correcto".

En este punto, es oportuno recordar a TELEFÓNICA que el Reglamento de Reclamos prohíbe impedir o negar la presentación de reclamos, sin establecer excepción alguna. De este modo, es inadmisible impedir el ejercicio del derecho al reclamo a todo usuario que considera tener una pretensión que merece ser resuelta, bajo el argumento de que no hay materia sobre la cual reclamar. En escenarios como este, la obligación de las empresas operadoras es recibir el reclamo y, en la oportunidad correspondiente, resolverlo, si fuera el caso, infundado o improcedente; a fin de que el usuario tenga una decisión motivada sobre su pretensión y ejerza el derecho de contradicción, si lo considera pertinente.

i) Llamada de prueba N° 9, llevada a cabo en Puno el 6 de agosto de 2015[21].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

De otro lado, TELEFÓNICA cuestiona la certeza de la transcripción que corresponde a esta acción de supervisión, en tanto se hace referencia a una llamada realizada el 12 de agosto de 2015, cuando en realidad aquella se efectuó el 6 de agosto de 2015. Al respecto, corresponde indicar que se trata un error material en la transcripción de la grabación, que en modo alguno desacredita el incumplimiento constatado durante la supervisión, como se verá seguidamente.

TELEFÓNICA manifiesta que el supervisor pretendió inducir a error a su asesor comercial, al utilizar los términos "reporte" y "reclamo" cuando se buscaba otorgar alguna opción frente a la disconformidad del servicio.

Sobre este punto, corresponde señalar que de la lectura de la transcripción

[21] Folios 268 a 274 del Expediente de Supervisión.

se evidencia que es el asesor comercial de TELEFÓNICA quien condiciona la presentación del reclamo por facturación a la existencia de un reporte previo; lo cual no se condice con la regulación contenida en el Reglamento de Reclamos. Es más, la propia TELEFÓNICA reconoce en su Recurso de Apelación que, durante dicha llamada, el asesor comercial tuvo problemas al momento de hacer una diferenciación entre ambas figuras. No obstante, tal confusión es de exclusiva responsabilidad de la empresa operadora, en tanto esta tiene que asegurarse de que su personal esté debidamente capacitado respecto a la normativa vigente, a fin de brindar una adecuada orientación a los usuarios.

Por último, TELEFÓNICA justifica el error cometido en la curva de aprendizaje frente al nuevo Reglamento de Reclamos, teniendo en cuenta que la acción de supervisión se produjo días después de entrar en vigencia dicha norma; siendo por ello razonable que se hayan producido errores, cuya incidencia es mínima con relación a la totalidad de reclamos ingresados.

Como se ha indicado previamente, transcurrieron más de dos (2) meses y medio desde que se publicó el Reglamento de Reclamos hasta que entró en vigencia; tiempo adecuado para que TELEFÓNICA capacite a su personal. Además, las obligaciones de recibir reclamos y entregar el número o código respectivo al usuario, son conocidas para las empresas operadoras desde 1999.

Finalmente, TELEFÓNICA sostiene que, según la transcripción, el nombre del supervisor que realiza la llamada no coincide con el nombre de la persona que se presenta ante el asesor comercial. Al respecto, TELEFÓNICA identifica que no se menciona que la consulta es respecto a otra línea móvil o que se tiene autorización del abonado para el uso de sus datos personales, lo que causa preocupación a dicha empresa, toda vez que la GSF debe contar con la autorización del titular de la línea.

Sin embargo, la posición de TELEFÓNICA carece de asidero, porque el artículo 14° de la LDFF, señala de manera explícita que los servidores instruidos, para efectos de realizar una acción de supervisión, pueden comportarse como usuarios, potenciales clientes o terceros, entre otros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora.

j) Llamada de prueba N° 10, llevada a cabo en Ucayali el 6 de agosto de 2015[22].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

De otro lado, TELEFÓNICA señala que, en este caso, al no existir facturación pendiente, no fue posible ingresar el reclamo; porque no había documento sobre el cual reclamar.

Sobre este punto, es oportuno recordar a TELEFÓNICA que el Reglamento de Reclamos prohíbe impedir o negar la presentación de reclamos, sin

[22] Folios 318 a 324 del Expediente de Supervisión.

establecer excepción alguna. De este modo, es inadmisible impedir el ejercicio del derecho al reclamo a todo usuario que considera tener una pretensión que merece ser resuelta, bajo el argumento de que no hay materia sobre la cual reclamar. En escenarios como este, la obligación de las empresas operadoras es recibir el reclamo y, en la oportunidad correspondiente, resolverlo, si fuera el caso, infundado o improcedente; a fin de que el usuario tenga una decisión motivada sobre su pretensión y ejerza el derecho de contradicción, si lo considera pertinente. Por ello, si el sistema de una empresa operadora no le permite recibir los reclamos de los usuarios, deberá asumir la responsabilidad frente a la infracción cometida.

Adicionalmente, TELEFÓNICA manifiesta que el supervisor pretendió inducir a error a su asesor comercial, al utilizar los términos "reporte" y "reclamo" cuando se buscaba otorgar alguna opción frente a la disconformidad del servicio.

No obstante, corresponde señalar que de la lectura de la transcripción se evidencia que es el asesor comercial de TELEFÓNICA quien, indebidamente, impide la presentación del reclamo por facturación, bajo el argumento de que se había presentado un reclamo anterior, aunque por otra materia.

Por último, TELEFÓNICA justifica el error cometido en la curva de aprendizaje frente al nuevo Reglamento de Reclamos, teniendo en cuenta que la acción de supervisión se produjo días después de entrar en vigencia dicha norma; siendo por ello razonable que se hayan producido errores, cuya incidencia es mínima con relación a la totalidad de reclamos ingresados.

Como se ha indicado previamente, transcurrieron más de dos (2) meses y medio desde que se publicó el Reglamento de Reclamos hasta que entró en vigencia; tiempo adecuado para que TELEFÓNICA capacite a su personal. Además, las obligaciones de recibir reclamos y entregar el número o código respectivo al usuario, son conocidas para las empresas operadoras desde 1999.

k) Llamada de prueba N° 11, llevada a cabo en Chimbote el 6 de agosto de 2015[23].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

De otro lado, TELEFÓNICA señala que cuando el supervisor menciona los problemas presentados con el servicio, el asesor no logró hacer una diferenciación entre reporte y reclamo; existiendo, además, confusión entre el plazo de veinticuatro (24) horas para atención de averías y los cuatro (4) días para el reporte de calidad de la antigua Directiva de Reclamos.

Por último, TELEFÓNICA justifica el error cometido en la curva de aprendizaje frente al nuevo Reglamento de Reclamos, teniendo en cuenta que la acción de supervisión se produjo días después de entrar en vigencia dicha norma;

OSIPTEL GAL 1. AREQUIPEÑO

OSIPTEL GAL 5. CÁMARA

[23] Folios 353 a 356 del Expediente de Supervisión.

siendo por ello razonable que se hayan producido errores, cuya incidencia es mínima con relación a la totalidad de reclamos ingresados.

Al respecto, la confusión que refiere TELEFÓNICA es de su exclusiva responsabilidad, en tanto esta tiene que asegurarse de que su personal esté debidamente capacitado respecto a la normativa vigente, a fin de brindar una adecuada orientación a los usuarios. Además, como se ha indicado previamente, transcurrieron más de dos (2) meses y medio desde que se publicó el Reglamento de Reclamos hasta que entró en vigencia; tiempo suficiente para que TELEFÓNICA brinde dicha capacitación y se cercioré de su resultado. Además, las obligaciones de recibir reclamos y entregar el número o código respectivo al usuario, son conocidas para las empresas operadoras desde 1999.

l) Llamada de prueba N° 12, llevada a cabo en Huaraz el 6 de agosto de 2015[24].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

Asimismo, TELEFÓNICA agrega que el asesor tuvo dificultades para diferenciar entre el reporte y el reclamo, y que el error cometido se justificaría en la curva de aprendizaje frente al nuevo Reglamento de Reclamos, teniendo en cuenta que la acción de supervisión se produjo días después de entrar en vigencia dicha norma; siendo por ello razonable que se hayan producido errores, cuya incidencia es mínima con relación a la totalidad de reclamos ingresados.

Al respecto, la confusión que refiere TELEFÓNICA es de su exclusiva responsabilidad, en tanto esta tiene que asegurarse de que su personal esté debidamente capacitado respecto a la normativa vigente, a fin de brindar una adecuada orientación a los usuarios. Además, como se ha indicado previamente, transcurrieron más de dos (2) meses y medio desde que se publicó el Reglamento de Reclamos hasta que entró en vigencia; tiempo suficiente para que TELEFÓNICA brinde dicha capacitación y se cercioré de su resultado. Además, las obligaciones de recibir reclamos y entregar el número o código respectivo al usuario, son conocidas para las empresas operadoras desde 1999.

m) Llamada de prueba N° 13, llevada a cabo en Lambayeque el 14 de agosto de 2015[25].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

De otro lado, TELEFÓNICA señala que, en este caso, al no existir facturación pendiente, no fue posible ingresar el reclamo; porque no había documento sobre el cual reclamar.

[24] Folios 373 a 377 del Expediente de Supervisión.
[25] Folios 387 a 390 del Expediente de Supervisión.

Sobre este punto, es oportuno recordar a TELEFÓNICA que el Reglamento de Reclamos prohíbe impedir o negar la presentación de reclamos, sin establecer excepción alguna. De este modo, es inadmisible impedir el ejercicio del derecho al reclamo a todo usuario que considera tener una pretensión que merece ser resuelta, bajo el argumento de que no hay materia sobre la cual reclamar. En escenarios como este, la obligación de las empresas operadoras es recibir el reclamo y, en la oportunidad correspondiente, resolverlo, si fuera el caso, infundado o improcedente; a fin de que el usuario tenga una decisión motivada sobre su pretensión y ejerza el derecho de contradicción, si lo considera pertinente. Por ello, si el sistema de una empresa operadora no le permite recibir los reclamos de los usuarios, deberá asumir la responsabilidad frente a la infracción cometida.

n) Llamada de prueba N° 14, llevada a cabo en Lambayeque el 17 de agosto de 2015[26].

En este caso, TELEFÓNICA reitera los mismos argumentos expuestos para la llamada de prueba N° 1; por lo que nos remitimos a lo desarrollado en ese extremo, a fin de desvirtuar el cuestionamiento planteado.

Asimismo, TELEFÓNICA manifiesta que existen imprecisiones en las transcripciones, por cuanto se alude a la intervención de una "asesora" de dicha empresa, cuando quien atiende es el "asesor" Gabriel Lizama; ocurriendo lo mismo en el caso del OSIPTEL, en tanto se menciona la intervención de una "asesora" de este organismo, cuando en realidad se hace referencia al señor Carlos Sánchez. De este modo, la empresa operadora cuestiona el contenido del acta, en tanto -a su criterio- resultaría errada y no precisa los intervinientes en la acción de supervisión.

Sobre el particular, corresponde indicar que lo señalado por la empresa operadora constituye un error material en la transcripción de la grabación, que en modo alguno desacredita el incumplimiento constatado durante la supervisión; ni resta mérito probatorio a la transcripción que, como es sabido, constituye instrumento público.

o) Visita presencial llevada a cabo en Madre de Dios el 26 de octubre de 2015[27].

En este caso, TELEFÓNICA solicita que se le aplique el eximente por subsanación voluntaria previsto en el TUO de la LPAG, porque dicha empresa operadora habría subsanado la conducta al brindar el código de reclamo antes de culminada la acción de supervisión, y sin requerimiento alguno; lo cual fue reconocido por la GSF en el acta levantada.

De la revisión del acta levantada, se acredita que el código de reclamo fue entregado luego de que el supervisor del OSIPTEL -actuando como usuario- se identificó ante el asesor comercial de TELEFÓNICA. Al respecto, el numeral f) del artículo 255° del TUO de la LPAG considera como causal eximente de responsabilidad la subsanación voluntaria por parte del posible

OSIPTEL G.A.L. AREQUIPEÑO

OSIPTEL GAL G. CAMARA

[26] Folios 395 a 399 del Expediente de Supervisión.
[27] Folios 453 a 454 del Expediente de Supervisión.

sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

Por su parte, el numeral iv) del artículo 5° del RFIS establece que para la aplicación de la causal de subsanación voluntaria, deberá verificarse que la infracción haya cesado y que se hayan revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, la subsanación deberá haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación, expresamente consignado en carta o resolución.

En la acción de supervisión realizada, cesó la conducta infractora porque se llegó a entregar el código de reclamo, como reconoce la GSF en el Informe N° 00034-GSF/SSDU/2017. Asimismo, para el caso en concreto, no se advierten efectos que revertir, en tanto el aludido código de reclamo se entregó antes de que la acción de supervisión culminara. Finalmente, si bien fue necesario que el supervisor se identificara para que se concretara la entrega del código del reclamo, no medio requerimiento a través de carta o resolución.

Por lo expuesto, corresponde disponer el archivo de la acción de supervisión realizada en el departamento de Madre de Dios, el 26 de octubre de 2015.

Adicionalmente, y en virtud de los cuestionamientos formulados a cada acción de supervisión, TELEFÓNICA considera que el OSIPTEL debe evaluar la certeza sobre los sucesos recogidos en las mismas y determinar si las actas gozan de pleno reconocimiento en el marco normativo actual. Añade, además, que no se ha acreditado el nexo causal respecto a si los hechos evidenciados en las actas resultan atribuibles al sistema implementado para recibir los reclamos de los usuarios; afectándose la verdad material, al existir duda razonable.

Finalmente, TELEFÓNICA manifiesta que las "actas de levantamiento de información" fueron levantadas sin que esté presente y, por ello, nunca tuvieron la oportunidad de presentar observaciones, sino hasta la fecha del inicio del PAS; vulnerándose así su derecho de defensa, al haberse contravenido el numeral 167.3 del artículo 167° del TUO de la LPAG.

Por todo lo anterior, TELEFÓNICA concluye que las acciones de supervisión son contrarias al marco legal vigente, por lo que debe declararse la nulidad de las actas y revocarse la sanción impuesta.

Con relación a dichas conclusiones, corresponde señalar lo siguiente:

i) En las catorce (14) llamadas de prueba realizadas por los supervisores del OSIPTEL, se comprobó, con total certeza, el incumplimiento de los numerales 1) y/o 4) del artículo 8° del Reglamento de Reclamos. La prueba está constituida por las grabaciones y sus respectivas transcripciones; debiendo considerarse, además, que estas últimas tienen la naturaleza de instrumento público, según la ley. Por consiguiente, se cumple con el Principio de Verdad Material.

ii) Se cumple con el Principio de Causalidad, porque el incumplimiento del

Reglamento de Reclamos obedece a que el personal de TELEFÓNICA no brindó una atención correcta a los distintos supervisores; siendo los errores o confusiones en la comprensión del referido Reglamento, de exclusiva responsabilidad de dicha empresa operadora.

iii) La sanción impuesta no se sustenta en "actas de levantamiento de información", sino en las llamadas de prueba realizadas y sus respectivas transcripciones. Por ende, considerando la naturaleza de la acción de supervisión, no correspondía levantar un "acta" luego de finalizar la llamada, a fin de que la empresa operadora exprese su parecer. Cabe agregar, adicionalmente, que el numeral 167.3 del artículo 167° del TUO de la LPAG, que TELEFÓNICA considera ha sido vulnerado por el OSIPTEL, se refiere únicamente a las actas que son levantadas cuando se recogen las declaraciones de los administrados, testigos y peritos en el marco de un procedimiento administrativo; no siendo este el caso.

iv) En consecuencia, no corresponde declarar la nulidad de las actas ni del procedimiento de supervisión. En efecto, no se ha privado a TELEFÓNICA de su derecho de defensa, pues dicha empresa ha tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa desde el inicio del PAS y durante todo el procedimiento, incluso mediante los recursos impugnativos que prevé el TUO de la LPAG.

5.4. Respecto a la presunta transgresión del Principio de Razonabilidad en la imposición de la sanción.

TELEFÓNICA señala que, en otros procedimientos sancionadores, el OSIPTEL adoptó como criterio válido archivar los respectivos expedientes cuando la incidencia de incumplimiento ha sido mínima, en aplicación del Principio de Razonabilidad; como ocurrió con el Expediente N° 094-2016-GG-GFS/PAS, en que dicho criterio fue expuesto mediante la Resolución N° 192-2017-GG/OSIPTEL.

Añade la empresa apelante, que la GSF no desarrolló el Test de Proporcionalidad de cara a dar inicio al PAS, obviando realizar el análisis sobre la idoneidad o adecuación de la medida; por lo que concluye que la GSF ha aplicado la normativa, sin considerar la nueva orientación que la administración pública ha adoptado frente a los administrados.

Continúa TELEFÓNICA, señalando que no se ha cumplido con el juicio de necesidad, porque la sanción, en este caso, no se constituye en la opción menos lesiva. La empresa considera que lo correcto debió ser la imposición de una advertencia, de conformidad con el Reglamento General de Supervisión; si se tiene en consideración que de los quince (15) incumplimientos, catorce (14) se produjeron dentro de los quince (15) días posteriores a la entrada en vigencia del Reglamento de Reclamos. Además, TELEFÓNICA considera que, en lugar de una sanción, también pudo evaluarse la imposición de una medida correctiva, como alternativa menos gravosa; y, para tal efecto, cita la Resolución N° 092-2017-CD/OSIPTEL, a través de la cual se dispuso el archivo del procedimiento sancionador por no analizarse tal posibilidad.

Finalmente, TELEFÓNICA considera que no se satisface el juicio de

OSIPTEL G.A.L. 1. AREQUIPEÑO

OSIPTEL GAL C. CÁMARA

proporcionalidad, porque en el periodo supervisado -del tercer trimestre 2015 al segundo trimestre 2016- no se ha tomado en cuenta que se reportaron más de 939 000 reclamos; siendo que la proporción de incumplimientos advertidos es menor al 0,0016% del total.

Con relación a dicha fundamentación, se considera que debe ser desestimada en base a lo siguiente:

i) El OSIPTEL aplica el Principio de Razonabilidad en sus decisiones. En el caso de los procedimientos sancionadores, en atención a las circunstancias particulares de cada expediente, cada órgano resolutivo puede optar por opciones menos gravosas o decidir por archivar el procedimiento. Sin embargo, el caso del Expediente N° 094-2016-GG-GFS/PAS es diferente al analizado en el presente PAS.

ii) En efecto, en dicho expediente se incumplió mínimamente con el reporte de información relativa a la interrupción del servicio; mientras que lo sancionado ahora obedece a la detección del incumplimiento de una obligación de relevancia mayor, en una cantidad que no es significativa: catorce (14) incumplimientos de sesenta y siete (67) acciones de supervisión efectuadas.

iii) Es incorrecto afirmar que la GSF no evaluó la medida a imponer luego de finalizado el procedimiento de supervisión. En efecto, en el numeral 3.4 del Informe N° 00034-GSF/SSDU/2017, dicha gerencia analiza por qué corresponde dar inicio al PAS; principalmente, por el nivel del incumplimiento con relación a la cantidad de acciones de supervisión realizadas, la relevancia del derecho protegido y la antigüedad de la obligación incumplida, que data de 1999. Por ende, el hecho de que no se haya realizado mención expresa a cada sub test (juicio) del Test de Proporcionalidad, no desvirtúa el análisis realizado por la GSF.

iv) Igualmente sucede con la Gerencia General, puesto que en la Resolución N° 082-2018-GG/OSIPTEL dicha instancia -en el numeral 1.3- también sustenta los motivos por los que no corresponde una medida de advertencia o una medida correctiva. En consecuencia, la cita a la Resolución N° 092-2017-CD/OSIPTEL no resulta pertinente para resolver el Recurso de Apelación.

v) No es correcto afirmar que la incidencia del incumplimiento es mínima y que solo alcanza al 0,0016% del total de reclamos recibidos por TELEFÓNICA en el periodo supervisado[28]. La comparación debe efectuarse con el total de supervisiones realizadas, en que el incumplimiento alcanzó el 20,90%[29].

vi) La sanción impuesta satisface el Principio de Razonabilidad, en tanto la multa de sesenta y uno punto tres (61.3) UIT ha sido fijada cerca al límite mínimo que establece el artículo 25° de la LDFF para las infracciones graves, que es de cincuenta y un (51) UIT[30].

OSIPTEL GAL A. AREQUIPEÑO

OSIPTEL GAL G. CÁMARA

[28] Llama la atención que TELEFÓNICA alegue este nivel mínimo de incumplimiento, cuando, justamente, el incumplimiento mayormente sancionado en este PAS es la negativa a recibir reclamos; los cuales –resulta obvio- no son registrados como reclamos.

[29] No se considera la acción de supervisión presencial realizada en Madre de Dios, que se recomienda archivar.

[30] La multa máxima para la infracción grave es de ciento cincuenta (150) UIT.

En virtud de lo expuesto, se concluye que la sanción impuesta no transgrede el Principio de Razonabilidad.

5.5. Respecto al análisis realizado por la Primera Instancia para graduar la sanción.

TELEFÓNICA solicita que el Consejo Directivo tome en cuenta la sentencia recaída en el Expediente N° 5539-2014, tramitado ante la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en la que se establece que la Administración Pública no debe limitarse al razonamiento mecánico de la aplicación de normas, sino que debe efectuar una apreciación razonada de hechos (Anexo N° 4 del Recurso de Apelación). En mérito de ello, TELEFÓNICA considera que la sanción impuesta no está debidamente motivada, por lo que debe ser declarada nula.

En cuanto al beneficio ilícito, dicha empresa refiere que la cantidad de incumplimientos es mínima (conducta aislada) y que sí cuenta con personal asignado debidamente capacitado para la atención de reclamos; tan es así, que se ha comprobado el cumplimiento de más del 99,9% de las acciones de supervisión realizadas. TELEFÓNICA justifica el incumplimiento en la curva de aprendizaje de las disposiciones del nuevo Reglamento de Reclamos. Asimismo, la empresa operadora considera importante hacer explícito cuál es el importe económico respecto de dicho beneficio ilícito.

De otro lado, TELEFÓNICA considera que el costo evitado por las quince (15) acciones de supervisión, no justifica los 257 mil soles con los que se ha sancionado a la empresa.

En cuanto a la probabilidad de detección, TELEFÓNICA discrepa con que la Primera Instancia la haya calificado como baja. Para dicha empresa, si solo se supervisaron ochenta y tres (83) casos, ello obedece a una decisión voluntaria del OSIPTEL, por lo que consideran que la probabilidad de detección es alta; más todavía si pudo recurrirse al muestreo o el OSIPTEL requerir información adicional.

En cuanto a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, TELEFÓNICA considera que el OSIPTEL tiene que probar que dicho daño se produjo y no solo limitarse describir la conducta.

Por último, sobre las circunstancias de la comisión de la infracción, TELEFÓNICA manifiesta que la falta de diligencia que se le imputada no es acorde a la realidad; en vista que en la etapa de descargos ha acreditado que las capacitaciones que dispuso fueron exitosas. Tan es así, que todas las supervisiones del año 2016 fueron archivadas por cumplimiento de la norma.

OSIPTEL G.A.L. AREQUIPEÑO

Tras analizar los argumentos desarrollados por TELEFÓNICA, se concluye que los mismos deben ser desestimados por las siguientes razones:

OSIPTEL GAL G. CÁMARA

i) La sentencia presentada por TELEFÓNICA no resulta pertinente para fines del presente PAS, toda vez que ha quedado acreditado que dicha empresa incumplió con sus obligaciones derivadas del Reglamento de Reclamos. Asimismo, para determinar la sanción a imponer, la Primera Instancia ha

aplicado el Principio de Razonabilidad, conforme se ha desarrollado en el acápite que antecede.

ii) Con relación a la graduación de la sanción, debe señalarse que el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, referente al Principio de Razonabilidad, no exige la cuantificación de cada uno de los criterios de graduación, para efectos de determinar la sanción a imponer. Lo que sí debe cumplirse, es con motivar cada criterio en la resolución de sanción, que es lo que se advierte en la Resolución N° 082-2018-GG/OSIPTEL.

iii) Con relación al beneficio ilícito, se coincide con la Primera Instancia en que aquel está constituido por el costo evitado por TELEFÓNICA para tener un sistema que dé atención adecuada a los reclamos de los usuarios, así como la capacitación idónea a fin de que su personal cumpla con el Reglamento de Reclamos en cada atención brindada.

iv) En efecto, en su Recurso de Apelación, la propia empresa ha reconocido que en ciertos casos se produjo confusión en su personal al momento de aplicar el Reglamento de Reclamos y, en otros casos, ha admitido que su sistema no permitía recibir reclamos por facturación cuando aún no se había generado el respectivo recibo. Tales hechos, como es evidente, son de exclusiva responsabilidad de la empresa operadora, en tanto se encuentran dentro de su esfera de control.

v) Además, es errado sostener un nivel de incumplimiento de sus obligaciones de solo el 0,01%, en tanto se evidenció que tal incumplimiento se produjo en el 20,90% de las acciones de supervisión desarrolladas. En consecuencia, la sanción impuesta resulta razonable considerando las circunstancias del PAS; toda vez que, si no lo fuera, la multa habría sido mayor y no cercana al límite mínimo de la infracción grave.

vi) La probabilidad de detección está referida a la capacidad de la Administración para poder identificar cada una de las conductas infractoras del administrado. En el caso de las obligaciones contenidas en los numerales 1) y 4) del artículo 8° del Reglamento de Reclamos, para poder identificar cada comportamiento transgresor de las empresas operadoras, el OSIPTEL tendría que supervisar cada llamada realizada por los usuarios o acompañar a cada usuario en sus gestiones presenciales; lo cual resulta materialmente imposible. Por consiguiente, acorde con lo señalado por la Primera Instancia, se concluye que, en este caso, la probabilidad de detección es baja.

vii) Respecto a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, debe indicarse a TELEFÓNICA que su proceder constituye una privación del ejercicio del derecho a reclamar; cuya protección proviene de la Constitución, como se ha mencionado en párrafos anteriores. Sin duda, impedir el derecho a reclamar tiene consecuencias nocivas para los usuarios, pues pierden la oportunidad de que sus pretensiones sean revisadas -muchas de ellas de contenido económico-, inclusive en segunda instancia a través del TRASU.

viii) En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, se reitera que los incumplimientos advertidos durante las acciones de supervisión obedecen únicamente a la falta de diligencia de TELEFÓNICA. Asimismo, si

bien es óptimo que durante las supervisiones llevadas a cabo el año 2016, no se hayan detectado incumplimientos; lo cierto es que ello favoreció a la propia empresa operadora, caso contrario la multa hubiese resultado mayor.

5.6. En cuanto a la denegatoria de la solicitud de informe oral presentada con el Recurso de Reconsideración.

TELEFÓNICA manifiesta que, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 175° del TUO de la LPAG, la solicitud de informe oral constituye un derecho que dicha norma no restringe. Por tal motivo, la empresa considera que la denegatoria de solicitud de informe oral presentada con su Recurso de Reconsideración, vulnera el debido procedimiento y su derecho a la defensa.

En tal orden de ideas, TELEFÓNICA considera que la Resolución Apelada adolece de motivación aparente, porque no desarrolla claramente los motivos principales para no concederle el uso de la palabra. En virtud de ello, la empresa concluye que el referido acto administrativo incurre en causal de nulidad.

Con relación a lo expuesto, debe señalarse que la Resolución Apelada no está inmersa en causal de nulidad ni ha vulnerado el derecho de defensa de TELEFÓNICA, por las siguientes razones:

i) El artículo 177° del TUO de la LPAG establece cuáles son los medios de prueba que pueden ofrecer los administrados. Asimismo, el numeral 3 de dicha norma estipula que procede como medio probatorio, conceder audiencia a los administrados.

ii) Sin embargo, no siempre que se ofrezca una prueba corresponderá la actuación respectiva por la autoridad administrativa. En efecto, el artículo 174° del TUO de la LPAG dispone que solo podrán rechazarse motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

iii) Al respecto, en el numeral 3.4 del Informe N° 00111-PIA/2019 de fecha 13 de agosto de 2019, que forma parte de la motivación de la Resolución Apelada, se expone de manera clara y suficiente las razones por las que no resulta pertinente otorgar el informe oral solicitado. Esto es lo que se señala:

> *"En ese sentido, esta instancia considera que si la autoridad tiene plena convicción de lo que resolverá, a la luz de los actuados en el expediente y los argumentos esgrimidos por la empresa operadora, resultaría innecesario programar la realización de una audiencia de informe oral.*
>
> *En el presente caso se verificado, que en el transcurso del presente PAS, TELEFÓNICA ha tenido oportunidad de exponer por escrito sus argumentos, plantear su posición y presentar los medios probatorios que consideraba necesarios; asimismo, a través de su Recurso de Reconsideración ha adjuntado nuevas pruebas a fin de sustentar sus alegaciones.*
>
> *En virtud de lo expuesto, esta instancia considera que al contar con todos los elementos necesarios sobre los hechos que son materia análisis en el presente procedimiento, y que, además, a través de su solicitud de informe oral no ha referido la necesidad de presentar nuevos elementos de juicio para la resolución del caso que justifiquen la realización de la audiencia, no resulta pertinente*

OSIPTEL GAL A. AREQUIPA

OSIPTEL GAL CÁMARA

proceder con la actuación de prueba adicional que pudiera presentar TELEFÓNICA desestimándose así la solicitud de audiencia de informe oral."

iv) Por tanto, por el solo hecho que TELEFÓNICA no comparta el sustento de la Primera Instancia, no se puede afirmar que la Resolución Apelada no está debidamente motivada. Entonces, no se advierte una vulneración al derecho de defensa de la empresa apelante.

VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33° de la LDFF, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 4) del Anexo 1 del Reglamento de Reclamos, corresponderá publicar la resolución que expida dicho Colegiado.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De lo expuesto, se concluye que debe declararse FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 179-2019-GG/OSIPTEL. Asimismo, corresponde CONFIRMAR la multa de sesenta y uno con 30/100 (61,3) UIT, impuesta mediante la Resolución N° 082-2018-GG/OSIPTEL, por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 4) del Anexo 1 del Reglamento de Reclamos.