

viernes 19 de febrero de 2010



**RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 004-2010-CD/OSIPTEL**

**MATERIA : RECURSO DE APELACIÓN
CONTRA RESOLUCIÓN
N° 451-2009-GG/OSIPTEL**

NORMAS LEGALES

SEPARATA ESPECIAL

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 004-2010-CD/OSIPTEL**

Lima, 11 de febrero de 2010

EXPEDIENTE N°	: 00030-2008-GG-GFS/PAS
MATERIA	: Recurso de Apelación contra la Resolución N° 451-2009-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	: Telefónica del Perú S.A.A.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) el 29 de diciembre de 2009 contra la Resolución N° 451-2009-GG/OSIPTEL, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por dicha empresa contra la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL;
- (ii) El Informe N° 016-GL/2010 del 29 de enero de 2010, de la Gerencia Legal, que contiene el análisis del recurso de apelación presentado por la empresa Telefónica y adjunta el proyecto de resolución del Consejo Directivo que resuelve dicha impugnación; y,
- (iii) Los expedientes N° 00030-2008-GG-GFS/PAS y N° 00017-2008-GG-GFS/30-151 (expediente de supervisión);

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES:**

- Mediante Informe N° 683-GFS-30-151/2008 del 7 de noviembre de 2008, y luego de las supervisiones efectuadas en las oficinas de Telefónica: los días 30 de abril (Chimbote), 20 de mayo (San Isidro), 9 de junio (Miraflores), 12 de junio (Santiago de Surco), 24 de junio (Pueblo Libre), 8 de setiembre (Trujillo), 11 de setiembre (Piura) y 29 de setiembre (Moquegua) de 2008, la Gerencia de Fiscalización (en adelante GFS) concluyó que dicha empresa habría incumplido con lo dispuesto en los artículos 36° del Reglamento de Preselección y 6° de las Condiciones de Uso.
- Mediante carta N° C.1244-GFS/2008 recibida por Telefónica el 10 de noviembre de 2008, la GFS comunicó a dicha empresa el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, por el supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento de Preselección, al no haber puesto a disposición de los nuevos abonados una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección; así como por incumplir lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso, al no haber proporcionado a los ciudadanos contratantes de una nueva línea telefónica, la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada, incumplimientos calificados como infracción grave según lo establecido, respectivamente, en el artículo 49° del Reglamento de Preselección y en el artículo 3° del anexo 5 de las Condiciones de Uso.
- El 2 de diciembre de 2008, mediante carta N° DR-107-C-0201/DF-08, Telefónica presentó sus descargos.
- Luego de evaluar los actuados correspondientes, mediante Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL del 25 de setiembre de 2009, la Gerencia General del OSIPTEL dispuso lo siguiente:

"Artículo 1°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con CIENTO TREINTA (130) UNIDADES IMPOSITIVAS

TRIBUTARIAS, por la comisión de las infracciones graves tipificadas en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso y en el artículo 49° del Reglamento de Preselección; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución".

- El 22 de octubre de 2009, la empresa Telefónica presentó Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 341-2009-GG/OSIPTEL.
- Posteriormente, mediante Resolución N° 451-2009-GG/OSIPTEL del 3 de diciembre de 2009, la Gerencia General declaró infundado el mencionado recurso, y en consecuencia confirmó, en todos sus extremos, la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL.
- Mediante escrito recibido el 29 de diciembre de 2009, Telefónica interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 451-2009-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA:

De conformidad con el artículo 57° del RGIS y los artículos 207° y 209° de la Ley del Procedimiento Administrativo General -Ley N° 27444- (en adelante, LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación presentado por Telefónica al cumplirse los requisitos de admisibilidad contenidos en las disposiciones citadas.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Telefónica sustenta su impugnación en los siguientes argumentos:

- Telefónica considera que la resolución impugnada desconoce las causas subjetivas no imputables que la exoneran de responsabilidad, como la inexistencia de dolo o culpa; señalando que la primera instancia ha vulnerado el principio de tipicidad, al haber sido emitida sin acreditar la configuración de los elementos subjetivos del tipo infractor, esto es, si la conducta típica realizada por el administrado, lo fue a título de dolo o culpa.
- Manifiesta Telefónica que ha acreditado una conducta diligente, mediante las capacitaciones impartidas a sus asesores comerciales y a través del canal informativo de la compañía denominado ANGEL, que contiene lineamientos que son revisados periódicamente y, respecto de los cuales, verifica su cumplimiento. Agrega, que todos sus asesores comerciales cuentan con la lista de concesionarios de larga distancia disponibles para su elección, pues se encuentra publicada en el ANGEL, por lo que los errores producidos son invencibles.
- Telefónica indica que la primera instancia no ha aplicado el principio de razonabilidad, toda vez que no ha valorado el comportamiento de los cuatro asesores comerciales que sí dieron información precisa y completa sobre los aspectos inspeccionados por los supervisores de la GFS, lo cual permitiría concluir que sus asesores comerciales sí están capacitados y preparados.
- Señala Telefónica que la resolución impugnada no ha evaluado el comportamiento posterior de dicha empresa, denegando su solicitud de supervisiones intempestivas que permitirían verificar la subsanación espontánea de la infracción. Solicitando, en su escrito de apelación, la realización de tales supervisiones intempestivas o conjuntas.

IV. ANÁLISIS:

Con relación a cada uno de los argumentos formulados por Telefónica, este colegiado considera lo siguiente:



- 4.1 En el presente procedimiento, la primera instancia administrativa analizó los incumplimientos detectados, pronunciándose expresamente sobre la alegación de Telefónica respecto de las circunstancias que la exonerarían de responsabilidad, como la inexistencia de dolo o culpa y sobre el cumplimiento del principio de tipicidad.
- 4.2 Así, al haberse acreditado en las correspondientes acciones de supervisión, que los asesores comerciales de Telefónica en sus oficinas de Surco, Trujillo, Piura y Moquegua no informaron ni pusieron a disposición de los nuevos abonados la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia que posibilitara su elección como empresa prestadora del servicio, dicha empresa incumplió lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso y en el artículo 36° del Reglamento de Preselección; incumplimientos que han sido previa, expresa e inequívocamente tipificados como infracción grave por el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso y por el artículo 49° del Reglamento de Preselección, respectivamente.
- 4.3 Asimismo, con relación a la alegada inexistencia de dolo en la comisión de la infracción; es de señalar que para la configuración de la infracción a la que se refiere el presente procedimiento, no se requiere de la existencia de dolo, al no haberlo requerido así el tipo administrativo; siendo suficiente la conducta culpable o no diligente de Telefónica.
- 4.4 En ese sentido, demostrados por el OSIPTEL los incumplimientos a los que se refiere el presente procedimiento, es a la empresa Telefónica y no al regulador, a quien le corresponde probar las causas que la eximirían de responsabilidad, como sería, por ejemplo, su actuación diligente –o sin culpa– según su calidad de concesionario de un servicio público, lo que ciertamente no ha ocurrido en el presente procedimiento.
- 4.5 En efecto, las medidas alegadas por Telefónica no acreditan la diligencia que, en su calidad de operador de un servicio público, debía adoptar a efectos de prevenir que los incumplimientos materia del presente procedimiento administrativo se produzcan; considerando que es su responsabilidad contar con las herramientas para cumplir con la normativa vigente y, que el nivel de diligencia exigido a las empresas prestadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones es alto, siendo la posibilidad de considerar el error como causal eximente de responsabilidad mínima.
- 4.6 En consecuencia, no existen fundamentos para revocar la resolución impugnada, considerando que Telefónica no ha acreditado la existencia de los errores alegados y su inevitabilidad. Tampoco ha acreditado haber ejecutado los mecanismos y procedimientos suficientes, necesarios y adecuados para evitar que “errores” como los alegados se produzcan, ni ha demostrado haber supervisado, verificado y controlado el respeto del derecho de los contratantes de una nueva línea telefónica a elegir al concesionario de larga distancia que deseen les brinde el servicio de larga distancia, según lo dispuesto en los artículos 6° de las Condiciones de Uso y 36° del Reglamento de Preselección.
- 4.7 De otro lado, es de señalar que el presente procedimiento ha respetado el principio de razonabilidad consagrado en la LPAG, toda vez que el OSIPTEL actuó dentro de las facultades que le han sido atribuidas en la normativa vigente (en particular conforme a lo dispuesto en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo y el Reglamento General del OSIPTEL), manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear (la imposición de una sanción de multa de ciento treinta -130- UIT que correspondía para el caso de la infracción grave cometida, siendo el máximo establecido de ciento cincuenta -150- UIT, atendiendo a las características del caso analizado) y los fines públicos que debe tutelar, a fin de responder a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (verificar el respeto de los derechos de los abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones).
- 4.8 Con relación a lo señalado por Telefónica respecto a que cuatro de sus asesores comerciales de otras oficinas sí dieron información completa sobre los aspectos inspeccionados por los supervisores de la GFS, cabe indicar que de la lectura de los artículos 6° y 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso; así como de los artículos 36° y 49° del Reglamento de Preselección, se desprende que la tipificación ahí establecida contempla la posibilidad de sancionar dichos incumplimientos, independientemente de su número. Lo que es consistente con el propósito del sistema administrativo sancionador que busca evitar que el autor cometa en el futuro nuevas infracciones.
- No obstante, en el presente caso, del total de ocho supervisiones presenciales realizadas por los supervisores del OSIPTEL (atendidas por diversos asesores comerciales de Telefónica en distintas horas, días y oficinas), en cuatro de ellas se acreditó el incumplimiento al que se refiere este expediente.
- 4.9 En este procedimiento no se ha observado la subsanación espontánea de las infracciones cometidas, al no haber Telefónica acreditado que, a través de sus asesores comerciales y en el plazo establecido, subsanó espontáneamente las infracciones en las que incurrió, según lo previsto en el régimen de beneficios por subsanación al que se refiere el artículo 55° del RGIS.
- 4.10 Es innecesaria la realización de nuevas supervisiones intempestivas o conjuntas, toda vez que al haberse configurado la comisión de las infracciones a las que se refiere el presente procedimiento, una nueva y eventual verificación sobre el cumplimiento de sus obligaciones no eximiría a Telefónica de su responsabilidad, ni contribuiría a reducir el monto de la multa impuesta.
- 4.11 La resolución impugnada cumplió con los parámetros de necesidad y proporcionalidad, toda vez que la medida correctiva que le fue impuesta mediante Resolución N° 280-2007-GG/OSIPTEL, a fin de que cumpla con informar correctamente sobre la normativa de preselección; así como la multa de ciento veinte (120) UIT impuesta por Resolución N° 413-2007-GG/OSIPTEL, debido al incumplimiento del artículo 36° del Reglamento de Preselección; no fueron suficientes para procurar el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente. Siendo, además, que su imposición representa un beneficio mayor para el interés general con relación al perjuicio que alega Telefónica, al ser necesario proteger a los abonados que tienen derecho a elegir al concesionario de larga distancia de su preferencia.
- Asimismo, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos que anteceden, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 016-GL/2010 del 29 de enero de 2010, emitido por la Gerencia Legal, el cual –de conformidad con el artículo 6°, numeral 6.2 de la LPAG– constituye parte

integrante de la presente resolución y, por tanto, de su motivación.

En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos corresponde declarar infundado el recurso de apelación presentado y, en virtud de ello, confirmar la multa ascendente a ciento treinta (130) UIT impuesta a la empresa Telefónica mediante la Resolución de Gerencia General N° 341-2009-GG/OSIPTEL y ratificada por la Resolución de Gerencia General N° 451-2009-GG/OSIPTEL.

V. **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, al ratificar este colegiado la sanción impuesta por la primera instancia administrativa, relativa a la comisión de una infracción grave, corresponde la publicación de la presente resolución y de las Resoluciones de Gerencia General N° 341-2009-GG/OSIPTEL y N° 451-2009-GG/OSIPTEL; así como el Informe N° 016-GL/2010.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 373, de conformidad con el Informe N° 016-GL/2010;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. el 29 de diciembre de 2009, y en consecuencia, CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General N° 451-2009-GG/OSIPTEL del 3 de diciembre de 2009, conforme a los fundamentos expresados en los considerandos de la presente resolución.

Artículo 2°.- Al quedar agotada la vía administrativa a través de la presente resolución, no procediendo ningún recurso en esta vía, se deja sin efecto el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 451-2009-GG/OSIPTEL, que resolvió declarar procedente la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución de Gerencia General N° 341-2009-GG/OSIPTEL; suspensión que se mantendrá vigente hasta la notificación de la presente resolución.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa la notificación de la presente resolución y del Informe N° 016-GL/2010, que constituye parte integrante de la misma, a la empresa apelante; así como su publicación en el diario oficial "El Peruano" conjuntamente con las Resoluciones de Gerencia General N° 341-2009-GG/OSIPTEL y N° 451-2009-GG/OSIPTEL, del 25 de setiembre de 2009 y 3 de diciembre de 2009, respectivamente; y asimismo, poner en conocimiento de la presente resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

GUILLERMO THORBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo

INFORME N° 016-GL/2010

A : **ALEJANDRO JIMENEZ MORALES**
Gerente General

DE : **ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA**
Gerente Legal

ASUNTO : Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 451-2009-GG/OSIPTEL

REF. : Expedientes N° 00030-2008-GG-GFS/PAS; y N° 00017-2008-GG-GFS/30-151 (expediente de supervisión).

FECHA : 29 de enero de 2010

I. **RESUMEN:**

El presente informe analiza el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica), en el procedimiento sancionador iniciado contra dicha empresa, por la comisión de las infracciones graves tipificadas en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas por Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL (en adelante Condiciones de Uso), y en el artículo 49° del Reglamento del Sistema de Preselección del Concesionario del Servicio Portador de Larga Distancia, aprobado por Resolución N° 006-99-CD/OSIPTEL (en adelante Reglamento de Preselección), al no haber informado ni puesto a disposición de los nuevos abonados una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección. En primera instancia, Telefónica fue sancionada por la Gerencia General con una multa de ciento treinta (130) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Se recomienda confirmar la resolución impugnada.

II. **ANTECEDENTES:**

- El 30 de abril (Chimbote), 20 de mayo (San Isidro), 9 de junio (Miraflores), 12 de junio (Santiago de Surco), 24 de junio (Pueblo Libre), 8 de setiembre (Trujillo), 11 de setiembre (Piura) y 29 de setiembre (Moquegua) de 2008, la Gerencia de Fiscalización (en adelante GFS) efectuó supervisiones en las oficinas de Telefónica, a fin de verificar el cumplimiento de dicha empresa de su obligación de proporcionar a los ciudadanos contratantes de una nueva línea telefónica, la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada; de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° de las Condiciones de Uso y 36° del Reglamento de Preselección.
- En el Informe N° 683-GFS-30-151/2008 del 7 de noviembre de 2008 (¹), sobre el cumplimiento de la empresa Telefónica de lo dispuesto en los artículos 36° del Reglamento de Preselección y 6° de las Condiciones de Uso, la GFS concluyó y recomendó lo siguiente:

¹ Fojas 1 a 10 del expediente N° 00030-2008-GG-GFS/PAS.



4.1. CONCLUSIONES

(...)

4.1.1 TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. ha incumplido lo dispuesto por el artículo 36° del Reglamento de Preselección al no haber puesto a disposición de los nuevos abonados una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección, tipificado por el artículo 49° del Reglamento de Preselección y calificado como infracción grave.

4.1.2 TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. ha incumplido lo dispuesto por el artículo 6° de las Condiciones de Uso al no haber proporcionado a los ciudadanos contratantes de una nueva línea telefónica, la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada, tipificado por el artículo 3° del Anexo 5° de las Condiciones de Uso y calificado como infracción grave.

4.1.3 Corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. respecto de los incumplimientos detectados.

- Mediante carta N° C.1244-GFS/2008 recibida por Telefónica el 10 de noviembre de 2008 (2), la GFS comunicó a dicha empresa el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, por incumplir lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento de Preselección, al no haber puesto a disposición de los nuevos abonados una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección; así como por incumplir lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso, al no haber proporcionado a los ciudadanos contratantes de una nueva línea telefónica, la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada, incumplimientos calificados como infracción grave según lo establecido en el artículo 49° del Reglamento de Preselección y en el artículo 3° del anexo 5 de las Condiciones de Uso.
- El 2 de diciembre de 2008, mediante carta N° DR-107-C-0201/DF-08, Telefónica remitió sus descargos (3).
- Mediante Informe N° 204-GFS/2009 del 16 de abril de 2009, recibido por la Gerencia General el 29 de abril del mismo año, la GFS remitió a dicho órgano su análisis de los descargos presentados por la empresa Telefónica (4), recomendando lo siguiente:
 - Sancionar a la empresa Telefónica con una multa de cien (100) UIT, por la infracción grave tipificada en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso.
 - Sancionar a la empresa Telefónica con una multa de ciento diez (110) UIT, por la infracción grave tipificada en el artículo 49° del Reglamento de Preselección.
- Mediante Memorando N° 166-GG/2009 del 30 de abril de 2009 (5), la Gerencia General solicitó al Área Legal de Procedimientos Administrativos de la Gerencia Legal (en adelante ALPA) que emita el informe correspondiente. Dicho informe fue emitido, mediante Informe N° 049-ALPA/2009, el 4 de setiembre de 2009.
- Luego de evaluar los actuados correspondientes, mediante Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL del 25 de setiembre de 2009 (6), la Gerencia General del OSIPTEL dispuso lo siguiente:

“Artículo 1°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con CIENTO TREINTA (130) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS, por la comisión de las infracciones graves tipificadas en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso y en el artículo 49° del Reglamento de Preselección; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”
- El 22 de octubre de 2009, la empresa Telefónica presentó un Recurso de Reconsideración (7) contra la Resolución de Gerencia General N° 341-2009-

GG/OSIPTEL, adjuntando como nuevas pruebas las siguientes:

- Copia de cuatro actas de supervisión efectuadas por el OSIPTEL a los multicentros de Chimbote, Pueblo Libre, Miraflores y San Isidro;
- Copia de cartas remitidas entre Telefónica y el OSIPTEL coordinando las capacitaciones a multicentros;
- Copia de la captura de la pantalla del sistema ANGEL con información correspondiente al sistema de preselección.

- Mediante Resolución N° 451-2009-GG/OSIPTEL del 3 de diciembre de 2009 (8), la Gerencia General declaró infundado el mencionado recurso administrativo, resolviendo lo siguiente:

“Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., en consecuencia, CONFIRMAR, en todos sus extremos, la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL de fecha 25 de setiembre de 2009; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”

Artículo 2°.- Declarar procedente la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL de fecha 25 de setiembre de 2009; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”

- El 29 de diciembre de 2009, la empresa Telefónica interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 451-2009-GG/OSIPTEL.

III. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA:

De acuerdo al artículo 57° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL (en adelante, RGI/S), frente a la interposición de un recurso de apelación contra una sanción impuesta por la Gerencia General, el órgano competente para pronunciarse, luego de que los actuados sean elevados por dicha Gerencia, es el Consejo Directivo del OSIPTEL.

Por otro lado, el artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), establece que el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios. Asimismo, el artículo 209° de la LPAG prescribe que el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

En función a las normas citadas en los párrafos que anteceden, se advierte que para admitir y dar trámite al Recurso de Apelación presentado por Telefónica, deben concurrir los siguientes requisitos:

2 Fojas 11 a 15 del expediente N° 00030-2008-GG-GFS/PAS.
3 Fojas 22 a 35 del expediente N° 00030-2008-GG-GFS/PAS.
4 Fojas 36 a 59 del expediente N° 00030-2008-GG-GFS/PAS.
5 Foja 60 del expediente N° 00030-2008-GG-GFS/PAS.
6 Fojas 83 a 97 del expediente N° 00030-2008-GG-GFS/PAS.
7 Fojas 98 a 135 del expediente N° 00030-2008-GG-GFS/PAS.
8 Fojas 144 a 153 y 164 del expediente N° 00030-2008-GG-GFS/PAS.

- a) Que se interponga contra la Resolución de Gerencia General a través de la cual se impuso la sanción o resolvió el recurso de reconsideración.
- b) Que se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho.
- c) Que se interponga en el plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.

En la impugnación, Telefónica cuestiona la Resolución de Gerencia General N° 451-2009-GG/OSIPTEL, que resolvió el Recurso de Reconsideración que dicha empresa presentó contra la Resolución de Gerencia General N° 341-2009-GG/OSIPTEL. En consecuencia, se cumple con el primero de los requisitos enunciados.

Asimismo, como se profundizará más adelante, Telefónica cuestiona, entre otros aspectos, la existencia de dolo o culpa en la comisión de la infracción, la aplicación del principio de razonabilidad y la evaluación del comportamiento posterior de dicha empresa. Se evidencia, entonces, que el segundo requisito también ha sido observado.

Finalmente, según se advierte del cargo de notificación obrante en el Expediente N° 00030-2008-GG-GFS/PAS, la Resolución de Gerencia General N° 451-2009-GG/OSIPTEL fue notificada el 10 de diciembre de 2009, en tanto que el Recurso de Apelación de Telefónica ingresó a la mesa de partes del OSIPTEL el 29 de diciembre de 2009, es decir, dentro del plazo previsto en la norma; razón por la que el tercer requisito, igualmente, se entiende cumplido.

Como efecto de lo anterior, deviene admisible y procedente en cuanto a su tramitación el Recurso de Apelación interpuesto por Telefónica.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los principales fundamentos de la impugnación son los siguientes:

- Telefónica considera que la resolución impugnada desconoce las causas subjetivas no imputables que la exoneran de responsabilidad, como la inexistencia de dolo o culpa; señalando que la primera instancia ha vulnerado el principio de tipicidad, al haber sido emitida sin acreditar la configuración de los elementos subjetivos del tipo infractor, esto es, si la conducta típica realizada por el administrado, lo fue a título de dolo o culpa.
- Manifiesta Telefónica que ha acreditado una conducta diligente, mediante las capacitaciones impartidas a sus asesores comerciales y a través del canal informativo de la compañía denominado ANGEL, que contiene lineamientos que son revisados periódicamente y, respecto de los cuales, verifica su cumplimiento. Agrega, que todos sus asesores comerciales cuentan con la lista de concesionarios de larga distancia disponibles para su elección, pues se encuentra publicada en el ANGEL, por lo que los errores producidos son invencibles.
- Telefónica indica que la primera instancia no ha aplicado el principio de razonabilidad, toda vez que no ha valorado el comportamiento de los cuatro asesores comerciales que sí dieron información precisa y completa sobre los aspectos inspeccionados por los supervisores de la GFS, lo cual permitiría concluir que sus asesores comerciales si están capacitados y preparados.
- Señala Telefónica que la resolución impugnada no ha evaluado el comportamiento posterior de dicha empresa, denegando su solicitud de supervisiones

intempestivas que permitirían verificar la subsanación espontánea de la infracción. Solicitando, en su escrito de apelación, la realización de tales supervisiones intempestivas o conjuntas.

V. ANÁLISIS:

Seguidamente se analizarán los argumentos formulados por la empresa Telefónica.

5.1. Sobre la alegada inexistencia de dolo o culpa y la supuesta vulneración al principio de tipicidad:

Telefónica considera que la resolución impugnada desconoce las causas subjetivas no imputables que la exoneran de responsabilidad, como la inexistencia de dolo o culpa; señalando que la primera instancia ha vulnerado el principio de tipicidad, al haber sido emitida sin acreditar la configuración de los elementos subjetivos del tipo infractor, esto es, si la conducta típica realizada por el administrado, lo fue a título de dolo o culpa.

Sobre el particular, esta Gerencia considera que, en el presente procedimiento, la primera instancia administrativa ha respetado el principio de tipicidad y ha evaluado correctamente la responsabilidad administrativa subjetiva de Telefónica, según el principio de culpabilidad y la diligencia exigible a una empresa que brinda servicios públicos.

Así, al haberse acreditado en las correspondientes acciones de supervisión, que los asesores comerciales de Telefónica en sus oficinas de Surco, Trujillo, Piura y Moquegua no informaron ni pusieron a disposición de los nuevos abonados la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia que posibilitara su elección como empresa prestadora del servicio, dicha empresa incumplió lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso⁽⁹⁾ y en el artículo 36° del Reglamento de Preselección⁽¹⁰⁾, incumplimientos que han sido previa, expresa e inequívocamente tipificados como infracción grave por el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso⁽¹¹⁾ y por el artículo 49° del Reglamento de Preselección⁽¹²⁾, respectivamente.

⁹ "Artículo 6.- Información básica a ser proporcionada por la empresa operadora
Toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.
La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre:

(i) El servicio ofrecido;
(...)"

¹⁰ "Artículo 36.- Los nuevos abonados del servicio de telefonía fija local deberán seleccionar al concesionario que deseen que les preste el servicio de larga distancia, al momento de suscribir el contrato de abonado de telefonía fija.
Para tal efecto, antes de suscribirse el respectivo contrato, el concesionario local deberá informar y poner a disposición de los nuevos abonados el formato de Carta de Preselección y una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su selección." (Subrayado nuestro)

¹¹ ANEXO 5

"Artículo 3.- Infracciones graves
Constituyen infracciones graves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: 3 (segundo párrafo), 4 (primer y tercer párrafo), 6, 10, 17, 27, 30, 31, 32, 57, 58, 63, 68, 73, 78 (tercer párrafo), 79, Sexta Disposición Final y Séptima Disposición Final." (Subrayado nuestro)

¹² "Artículo 49.- El concesionario local que incumpla alguna de las obligaciones establecidas en los artículos 10, 11, 12, 23-A, 29, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 47 ó 48 del presente reglamento, incurrirá en infracción grave." (Subrayado nuestro)

Bajo esta normativa, la primera instancia analizó los incumplimientos detectados, pronunciándose expresamente sobre la alegación de Telefónica respecto de las circunstancias que la exonerarían de responsabilidad, como la inexistencia de dolo o culpa y sobre el cumplimiento del principio de tipicidad.

Así, por ejemplo, al evaluar la culpabilidad de Telefónica, la primera instancia señaló lo siguiente:

“En el caso concreto, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, actuando culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma y dolosamente quien conoce y quiere realizar el hecho. En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso y artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, así como la consideración conjunta de lo dispuesto en los artículos 36° y 49° del Reglamento de Preselección; lleva a concluir que no se exige la concurrencia de dolo en los incumplimientos para que se configuren las infracciones, siendo en consecuencia suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas disposiciones, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible”.

“De otro lado con relación al error invencible, es de indicar que atendiendo a la naturaleza de las actividades que cumple TELEFÓNICA y a su prolongada trayectoria en el sector de las telecomunicaciones, no es admisible que recurra a la presencia del error para justificar su negligencia; mucho menos cuando no existe medio probatorio alguno que dé fe de que el hecho observado en que incurrió fue de carácter invencible”.

“Asimismo, aún en el caso que se asumiera la existencia de un error en este caso, éste no resulta invencible y por ende, excluyente de responsabilidad administrativa, puesto que corresponde a situaciones que pudieron haber sido fácilmente superadas de haber puesto TELEFÓNICA la diligencia debida que le era exigible al momento de brindar la información y poner a disposición de los nuevos abonados, antes de suscribirse el respectivo contrato, de una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su selección. La diligencia mínima exigida a dicha empresa requería, por lo menos, verificar que sus asesores comerciales tuvieran la referida lista para entregarla a los nuevos abonados”.
(Subrayado nuestro)

Conforme se advierte de los párrafos anteriormente transcritos, la primera instancia consideró –criterio que es compartido por esta Gerencia- que, para la configuración de la infracción a la que se refiere el presente procedimiento, no se requiere de la existencia de dolo, al no haberlo requerido así el tipo administrativo; siendo suficiente la conducta culpable o no diligente de Telefónica. En ese sentido, no es correcto lo mencionado por dicha empresa respecto a que la Gerencia General desconoció sus alegaciones de inexistencia de dolo o culpa.

Igualmente, sobre el principio de tipicidad, la primera instancia señaló:

“Al respecto, es preciso señalar que los artículos antes señalados -artículo 49° del Reglamento de Preselección y en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso- no sancionan de manera general a todas las conductas contenidas en el Reglamento de Preselección y en las Condiciones de Uso respectivamente, por el contrario, especifican los artículos que contienen las obligaciones cuyo incumplimiento será sancionable. Los referidos tipos se construyen inicialmente de manera literal a partir de lo dispuesto en sus propios textos y se entiende completo a partir de la remisión directa al contenido de los artículos 36° del Reglamento de Preselección y 6° de las Condiciones de Uso, existiendo así una predeterminación normativa de las conductas y sanciones correspondientes, lo cual no da lugar a

posibles interpretaciones extensivas o por analogía al momento de aplicar las normas que contienen las infracciones tipificadas.

En efecto, el artículo 36° del Reglamento de Preselección y el artículo 6° de las Condiciones de Uso, establecen de manera descriptiva y específica las conductas que deben ser cumplidas por los administrados involucrados, en el presente caso, el concesionario local; siendo que los incumplimientos de dichas conductas se encuentran sancionadas expresamente a través del artículo 49° del Reglamento de Preselección y artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, determinando así expresamente que el incumplimiento del contenido de determinadas normas constituyen infracción administrativa”. (Subrayado nuestro)

Según se advierte de los párrafos transcritos, la primera instancia respetó y se pronunció expresamente sobre el cumplimiento del principio de tipicidad, teniendo en cuenta que el tipo administrativo al que se refiere el presente procedimiento ha sido previa, expresa e inequívocamente tipificado y que la sanción de multa de ciento treinta (130) UIT ha sido correctamente impuesta a Telefónica por la Gerencia General del OSIPTEL.

De otro lado, sobre lo alegado por Telefónica, con relación a que la primera instancia no acreditó si la conducta infractora fue realizada con culpa; es de indicar, sin perjuicio de su desarrollo en el siguiente numeral, que demostrado un incumplimiento es a la empresa Telefónica y no al OSIPTEL, a quien le corresponde probar las causas que la eximirían de responsabilidad⁽¹³⁾, como sería, por ejemplo, su actuación diligente –o sin culpa- según su calidad de concesionario de un servicio público, lo que ciertamente no ha ocurrido en el presente procedimiento.

Lo señalado anteriormente, es consistente con el principio de presunción de inocencia y de licitud alegados por Telefónica, toda vez que verificados por el OSIPTEL los incumplimientos, según lo acreditan las actas de las supervisiones correspondientes, debe entenderse que cuando el administrado aporta pruebas para restarles mérito probatorio o para pretender eximirse de responsabilidad no está probando su inocencia⁽¹⁴⁾.

5.2. Sobre el alegado comportamiento diligente de Telefónica:

Manifiesta Telefónica que ha acreditado una conducta diligente, mediante las capacitaciones impartidas a sus asesores comerciales y a través del canal informativo de la compañía denominado “ANGEL”, que contiene lineamientos que son revisados periódicamente y, respecto de los cuales, verifica su cumplimiento. Agrega, que todos sus asesores comerciales cuentan con la lista de concesionarios de larga distancia disponibles para su elección, pues ésta se encuentra publicada en el “ANGEL”, por lo que los errores producidos son invencibles.

¹³ Similares consideraciones han sido expresadas, por ejemplo, en la Resolución del Consejo Directivo N° 001-2009-CD/OSIPTEL publicada el 18 de enero de 2009 y en la doctrina especializada allí citada.

¹⁴ “Sea como fuere, las actas de inspección pueden ser, bien sea en su individualidad o en conexión con otras pruebas, un medio idóneo para que la administración rompa el derecho a la presunción de inocencia del inculpaado en el procedimiento, de tal forma que cuando éste aporta pruebas llamadas a rebatirlo no está, en puridad, probando su inocencia, (...) sino actuando, en términos de la STC 76/1990, contra “el acto de prueba aportado por la parte contraria”.

En Barrero Rodríguez, Concepción. La Prueba en el Procedimiento Administrativo. Edición 2001. Página 349.

Sobre el particular, esta Gerencia considera que las medidas alegadas por Telefónica no acreditan la diligencia que, en su calidad de operador de un servicio público, debía adoptar a efectos de prevenir que los incumplimientos materia del presente procedimiento administrativo se produzcan; siendo que es su responsabilidad, como empresa prestadora de servicios públicos, contar con las herramientas para cumplir con la normativa vigente.

En efecto, como se señaló anteriormente, el tema de la carga de la prueba de la diligencia exigible y de la existencia del "error" invencible, ha sido desarrollado previamente no sólo por la doctrina especializada sino también por el Consejo Directivo del OSIPTEL, órgano colegiado que si bien ha acogido el principio de culpabilidad en la aplicación del régimen sancionador, ha precisado también que el nivel de diligencia exigido a las empresas prestadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones es alto y que la posibilidad de considerar el error como causal eximente de responsabilidad es mínima ⁽¹⁵⁾.

En este orden de ideas, esta Gerencia estima que -en el presente procedimiento- no existen fundamentos para revocar la resolución impugnada, considerando que Telefónica no ha acreditado la existencia de los errores alegados y su inevitabilidad ⁽¹⁶⁾. Tampoco ha acreditado haber ejecutado los mecanismos y procedimientos suficientes, necesarios y adecuados para evitar que "errores" como los alegados se produzcan ⁽¹⁷⁾, ni ha demostrado haber supervisado, verificado y controlado el respeto del derecho de los contratantes de una nueva línea telefónica a elegir al concesionario de larga distancia que deseen les brinde el servicio de larga distancia, según lo dispuesto en los artículos 6° de las Condiciones de Uso y 36° del Reglamento de Preselección.

Asimismo, con relación a las copias de las comunicaciones alcanzadas por Telefónica en su recurso de reconsideración, cabe indicar que las mismas no acreditan suficientemente la diligencia de Telefónica ni restan su responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, en particular, cuando se trata de acciones realizadas por el regulador con el fin de mejorar la información ofrecida a los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, mediante la realización de programas de capacitación para los asesores comerciales de las empresas operadoras.

En el mismo sentido, con relación a lo señalado por Telefónica respecto a que las capacitaciones, controles y supervisiones encubiertas realizadas a sus multicentros no son garantía de la inexistencia futura de errores y que no puede evitar que sus asesores comerciales se equivoquen; nos remitimos a lo anteriormente señalado, esto es, que Telefónica no ha acreditado suficientemente la diligencia que le es exigible, así como los errores alegados y su inevitabilidad; siendo que la carga de la prueba respecto a la existencia del error y, a la circunstancia de no haber podido actuar de otro modo, corresponde a quien lo alega.

Finalmente, es de señalar que sobre el incumplimiento del artículo 36° del Reglamento de Preselección, el 27 de setiembre de 2007, la Gerencia General emitió la Resolución N° 413-2007-GG/OSIPTEL, confirmada en parte por la Resolución N° 560-2007-GG/OSIPTEL ⁽¹⁸⁾; que sancionó a la empresa Telefónica con una multa de ciento veinte (120) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 49° del Reglamento de Preselección, esto es, que transcurrido un período razonable desde la imposición de dicha sanción, la citada empresa continuó presentando los mismos problemas para poner a disposición de los contratantes de una nueva línea telefónica, la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección.

5.3. Sobre la aplicación del principio de razonabilidad y el comportamiento posterior de Telefónica:

5.3.1. Sobre la aplicación del principio de razonabilidad:

Telefónica indica que la primera instancia no ha aplicado el principio de razonabilidad, al no valorar el comportamiento de cuatro de sus asesores comerciales que sí dieron información precisa y completa sobre los aspectos inspeccionados por los supervisores de la GFS, lo cual permitiría concluir que sus asesores comerciales si están capacitados y preparados.

Sobre el particular, contrariamente a lo señalado por Telefónica, esta Gerencia considera que el presente procedimiento ha respetado el principio de razonabilidad consagrado en la LPAG ⁽¹⁹⁾, toda vez que el OSIPTEL actuó dentro de las facultades

¹⁵ Así, por ejemplo, la Resolución N° 034-2007-CD/OSIPTEL publicada el 30 de junio de 2007.

¹⁶ Así, por ejemplo, la Resolución N° 001-2009-CD/OSIPTEL que cita a Nieto en lo referente al error en los procedimientos administrativos sancionadores señaló: "La presunción de inocencia no cubre el error, es decir, que la Administración no tiene que probar que el autor ha obrado sin error. Como la prueba de lo negativo nunca es exigible a nadie, es el autor el que tiene que alegar y probar que ha obrado con error".

"La <<especial severidad>> de Derecho Administrativo Sancionador puede también explicarse, sin embargo, de una manera más simple y técnicamente más precisa a través de la superabilidad del error, tal como aparece en el precepto citado del Código Penal, es decir, atendiendo a las <<circunstancias personales del autor>>. Porque en el campo del Derecho Administrativo Sancionador resulta de ordinario trascendental el hecho de que el infractor sea un profesional o un lego. Cuando la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una profesión o actividad especializada se esfuma la posibilidad del error porque - por así decirlo - la norma ha impuesto la obligación de no equivocarse y opera, en consecuencia, la presunción de que no se ha equivocado. El profesional ha adquirido -a través de los estudios que preceden a su título oficial- una formación técnica que el preserva (formalmente) contra el error, y quien ejerce una actividad especializada está obligado a adoptar precauciones especiales para evitarlo y hasta es frecuente que la norma le exija que con él colaboren profesionales y expertos (arquitectos en una construcción, químicos e ingenieros en un proceso de producción). Sin olvidar, por otra parte, que el ejercicio de una profesión (actividad especializada en general) implica la asunción voluntaria de obligaciones singulares así como de responsabilidades específicas frente a la Administración y terceros".

"Conforme acaba de decirse, para el Código Penal, la exoneración de la responsabilidad presupone no solo la existencia del error sino, además, la demostración de su inevitabilidad que es el punto crucial en la práctica". (Subrayado agregado)

NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4° ed. Madrid: Tecnos, 2005. Páginas 413, 364, 367.

¹⁷ No siendo medidas suficientes, para una empresa de la importancia de Telefónica, haber publicado la información a la que se refiere este procedimiento en el "Ángel", ni las demás medidas alegadas y no acreditadas por Telefónica.

¹⁸ A su vez, la Resolución N° 560-2007-GG/OSIPTEL, fue confirmada por la Resolución N° 025-2008-PD/OSIPTEL.

¹⁹ Numeral 1.4 del artículo IV de la LPAG

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido".

que le han sido atribuidas en la normativa vigente (en particular conforme a lo dispuesto en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo y el Reglamento General del OSIPTEL), manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear (la imposición de una sanción de multa de ciento treinta -130- UIT que correspondía para el caso de la infracción grave cometida, siendo el máximo establecido de ciento cincuenta -150- UIT, atendiendo a las características del caso analizado) y los fines públicos que debe tutelar, a fin de responder a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (verificar el respeto de los derechos de los abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones).

Asimismo, con relación a lo señalado por Telefónica respecto a que cuatro de sus asesores comerciales de otras oficinas sí dieron información completa sobre los aspectos inspeccionados por los supervisores de la GFS; cabe señalar que de la lectura de los artículos 6° y 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso; así como de los artículos 36° y 49° del Reglamento de Preselección, se desprende que la tipificación ahí establecida contempla la posibilidad de sancionar dichos incumplimientos, independientemente de su número. Lo que, además, es consistente con el propósito del sistema administrativo sancionador que busca evitar que el autor cometa en el futuro nuevas infracciones.

No obstante, en el presente caso y conforme obra del expediente de supervisión, del total de ocho supervisiones presenciales realizadas por los supervisores del OSIPTEL (atendidas por diversos asesores comerciales de Telefónica, en distintas horas, días y oficinas), en cuatro de ellas (las supervisiones realizadas en Surco, Trujillo, Piura y Moquegua) se acreditó que los asesores comerciales de Telefónica no informaron ni pusieron a disposición de los nuevos abonados la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia que posibilitara su elección como empresa prestadora del servicio; no correspondiendo, en consecuencia, concluir, como señala Telefónica, que debido a que hubieron oficinas en las que no se advirtieron los incumplimientos a los que se refiere el presente expediente, sus mecanismos para capacitar a sus asesores comerciales son los adecuados.

Adicionalmente a lo señalado, esta Gerencia considera que la resolución impugnada cumplió con los parámetros de necesidad y proporcionalidad alegados, toda vez que la medida correctiva que le fue impuesta mediante Resolución N° 280-2007-GG/OSIPTEL⁽²⁰⁾, a fin de que cumpla con informar correctamente sobre la normativa de preselección; así como la multa de ciento veinte (120) UIT impuesta por Resolución N° 413-2007-GG/OSIPTEL, debido al incumplimiento del artículo 36° del Reglamento de Preselección⁽²¹⁾; no fueron suficientes para procurar el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente. Siendo, además, que su imposición representa un beneficio mayor para el interés general con relación al perjuicio que alega Telefónica, al ser necesario proteger a los abonados que tienen derecho a elegir al concesionario de larga distancia de su preferencia.

Finalmente, con relación a lo alegado por Telefónica sobre que, a diferencia del expediente N° 00010-2008-GG-GFS/PAS, en el que se estimó que antes de imponer una multa correspondía imponer una medida correctiva, en el presente caso, se le inició directamente un procedimiento sancionador. Es de reiterar las consideraciones desarrolladas a lo largo de este informe, las mismas que justifican la razonabilidad y necesidad de la multa impuesta a Telefónica, particularmente, cuando existió previamente a este caso una medida correctiva en la que se instó a Telefónica a cumplir con informar sobre la normativa de preselección y una multa de ciento veinte (120) UIT por incumplir dicha normativa.

5.3.2. Sobre el comportamiento posterior de Telefónica:

Señala Telefónica que la resolución impugnada no ha evaluado el comportamiento posterior de dicha empresa, denegando su solicitud de supervisiones intempestivas que permitirían verificar la subsanación espontánea de la infracción. Solicitando, en su escrito de apelación, la realización de tales supervisiones intempestivas o conjuntas.

Sobre el particular, esta Gerencia considera que, de manera correcta, la resolución impugnada indicó que -en el presente caso- no se ha observado la subsanación espontánea de las infracciones cometidas y que la supervisión intempestiva solicitada por Telefónica es irrelevante.

En efecto, para que el OSIPTEL pueda ejercer la facultad de aplicación del régimen de beneficios por subsanación, al que se refiere el artículo 55° del RGIS⁽²²⁾, deben concurrir dos requisitos, uno de forma y otro de fondo, el requisito de forma está relacionado al plazo en el cual debe realizarse la subsanación⁽²³⁾ y, el de fondo, a la subsanación espontánea de la infracción cometida. Lo señalado anteriormente no se ha producido en este caso, al no haber Telefónica acreditado que, a través de sus asesores comerciales y en el plazo establecido, subsanó espontáneamente las infracciones en las que incurrió.

Adicionalmente, y compartiendo lo señalado por la primera instancia, esta Gerencia considera innecesaria la realización de las supervisiones intempestivas o conjuntas solicitadas por Telefónica, toda vez que al haberse configurado la comisión de las infracciones a las que se refiere el presente procedimiento, una nueva y eventual verificación sobre el cumplimiento de sus obligaciones no eximiría a Telefónica de su

²⁰ Dicha medida correctiva fue impuesta mediante Resolución N° 280-2007-GG/OSIPTEL y confirmada por las Resoluciones N° 379-2007-GG/OSIPTEL y N° 186-2007-PD/OSIPTEL, con relación al incumplimiento del artículo 6° de las Condiciones de Uso, a fin de que brinde información completa, clara, veraz, detallada, precisa, suficiente y apropiada a toda persona que se lo solicite, en todas las consultas que se formulen sobre la aplicación de la normativa de preselección.

²¹ Como se señaló anteriormente, dicha sanción de ciento veinte (120) UIT, impuesta a Telefónica por el incumplimiento del artículo 36° del Reglamento de Preselección, al no haber puesto a disposición de los nuevos abonados la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección conjuntamente con el formato de carta de preselección, tipificada como grave en el artículo 49° del Reglamento de Preselección, fue confirmada en parte y en primera instancia, por la Resolución N° 560-2007-GG/OSIPTEL; y, por la segunda instancia, mediante Resolución N° 025-2008-PD/OSIPTEL.

²² *Artículo 55.- OSIPTEL podrá, en el caso de infracciones no calificadas como muy graves, condonar el monto de las sanciones si lo estima pertinente: siempre y cuando la empresa operadora subsane espontáneamente la infracción hasta el quinto día posterior a la fecha de notificación de la comunicación señalada en el literal a) del artículo anterior. Alternativamente OSIPTEL podrá emitir una amonestación escrita.*

Quando la subsanación se produzca antes de que transcurran diez (10) días computados desde la recepción de la decisión de OSIPTEL que comunica su propósito de imponer una sanción, el órgano competente no podrá imponer una multa superior a:

a. treinta (30) UIT, tratándose de infracciones leves;
b. cien (100) UIT, tratándose de infracciones graves; y,
c. doscientos cincuenta (250) UIT, tratándose de infracciones muy graves".
(Subrayado nuestro).

²³ Hasta el quinto día posterior a la notificación del inicio del procedimiento, caso en el cual el OSIPTEL está autorizado a condonar el monto de la sanción o, alternativamente, a imponer una amonestación, siempre que no se trate de infracciones muy graves; y, hasta el décimo día posterior de la notificación del inicio del procedimiento, caso en el cual los órganos competentes del OSIPTEL están autorizados para reducir el monto de la multa.

responsabilidad ni contribuiría a reducir el monto de la multa impuesta, esto último, considerando que los elementos que determinaron que la primera instancia eleve el monto de la misma fueron la repetición en la comisión de la infracción, así como el perjuicio económico y el beneficio obtenido por la comisión de la infracción ⁽²⁴⁾.

Consecuentemente, esta Gerencia considera que no existen fundamentos para revocar la multa de ciento treinta (130) UIT impuesta a la empresa Telefónica por la Gerencia General mediante la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL del 25 de setiembre de 2009, la misma que fue ratificada por la Resolución N° 451-2009-GG/OSIPTEL del 3 de diciembre de 2009.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

Por los fundamentos antes expuestos se concluye y recomienda lo siguiente:

- 6.1 Ha quedado acreditada la comisión de las infracciones previstas en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso y en el artículo 49° del Reglamento de Preselección, por haber Telefónica del Perú S.A.A. incumplido lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso y en el artículo 36° del Reglamento de Preselección, al no haber informado ni puesto a disposición de los nuevos abonados que realizaban la contratación de una línea telefónica, la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección.
- 6.2 En consecuencia, se recomienda declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 451-2009-GG/OSIPTEL, confirmándose, por tanto, la sanción de multa impuesta.
- 6.3 Al agotarse la vía administrativa con el pronunciamiento del Consejo Directivo, es recomendable disponer se deje sin efecto el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 451-2009-GG/OSIPTEL, que resolvió declarar procedente la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución de Gerencia General N° 341-2009-GG/OSIPTEL; suspensión que deberá mantenerse vigente hasta la notificación de la resolución que emita dicho colegiado.
- 6.4 Asimismo, al tratarse de una sanción impuesta frente a la comisión de una infracción grave, corresponde, de conformidad con el artículo 33° de la LDFF ⁽²⁵⁾, la publicación de la resolución que el Consejo Directivo expida respecto del Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A., conjuntamente con las Resoluciones de Gerencia General N° 451-2009-GG/OSIPTEL y N° 341-2009-GG/OSIPTEL.

Atentamente,

ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA
GERENTE LEGAL

²⁴ Ello fue expresamente indicado en la Resolución N°451-2009-GG/OSIPTEL: *"Asimismo, tampoco modificaría la multa impuesta porque la gradación de la multa en el presente caso se determinó teniendo en cuenta el análisis del criterio correspondiente a la magnitud del daño causado y perjuicio económico, la reincidencia, repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, así como el beneficio obtenido por la comisión de la infracción, siendo lo más resaltante el criterio de la repetición donde TELEFÓNICA ya había sido sancionada en el expediente N° 00013-2007-GG-GFS/PAS con una multa de ciento veinte (120) UITs por similares hechos observados en el presente PAS motivo por el cual en el presente caso se decidió imponerle una multa de ciento treinta (130) UITs".*

²⁵ *"Artículo 33.- Publicación
Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves serán publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo".*

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 341-2009-GG/OSIPTEL

Lima, 25 de setiembre de 2009

EXPEDIENTE N°	: 00030-2008-GG-GFS/PAS
MATERIA	: Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS (i) el Informe de la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL (GFS) N° 204-GFS/2009, y (ii) el Informe N° 049-ALPA/2009 del Área Legal de Procedimientos Administrativos de la Gerencia Legal del OSIPTEL, por medio de los cuales se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento previo de determinación de infracciones iniciado a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por la supuesta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Condiciones de Uso), aprobadas por Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL y en el artículo 49° del Reglamento del Sistema de Preselección del Concesionario del Servicio Portador de Larga Distancia (Reglamento de Preselección), aprobado mediante Resolución N° 006-99-CD/OSIPTEL.

I. ANTECEDENTES

1. OSIPTEL es un organismo de derecho público interno, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, creado y regulado por el artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. N° 013-93-TCC, por el artículo 6° de la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26285 y por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.
2. De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM del 2 de febrero de 2001, el OSIPTEL es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. Así también el artículo 41° del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.
3. En ejercicio de sus competencias y atribuciones, el Consejo Directivo del OSIPTEL expidió el 11 de febrero de 1999 el Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), publicado el 14 de febrero de 1999, que recoge las conductas u omisiones calificadas como infracciones administrativas en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, y en el que se establece un régimen de sanciones aplicable a las empresas operadoras infractoras. El 7 de setiembre de 2001 y el 1 de octubre de 2005 se publicaron las Resoluciones N° 048-2001-CD/OSIPTEL y 058-2005-CD/OSIPTEL respectivamente, que modifican diversos artículos del RGIS.
4. TELEFÓNICA es una empresa concesionaria para la prestación del servicio de telefonía fija local, teléfonos públicos, portador local y de larga distancia nacional e internacional, y como tal está obligada a cumplir las disposiciones establecidas en el marco normativo vigente y en sus respectivos contratos, encontrándose

dentro del ámbito de la función supervisora del OSIPTEL.

II. HECHOS

1. Con fecha 30 de abril (Chimbote), 20 de mayo (San Isidro), 9 (Miraflores), 12 (Santiago de Surco) y 24 de junio (Pueblo Libre) y, 8 (Trujillo), 11 (Piura) y 29 de setiembre (Moquegua) de 2008, la GFS efectuó supervisiones en las oficinas de TELEFÓNICA, a fin de verificar el cumplimiento de la obligación de proporcionar a los ciudadanos contratantes de una nueva línea telefónica, la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada; de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° de las Condiciones de Uso y 36° del Reglamento de Preselección.
2. Como resultado de las mencionadas acciones de supervisión, mediante Informe N° 683-GFS-30-151/2008 del 7 de noviembre de 2008, la GFS concluyó que TELEFÓNICA, en las acciones de supervisión de fecha 12 de junio (Santiago de Surco) y, 8 (Trujillo), 11 (Piura) y 29 de setiembre (Moquegua) de 2008, incumplió lo dispuesto en los artículos 6° de las Condiciones de Uso y 36° del Reglamento de Preselección.
3. Mediante carta N° C.1244-GFS/2008, notificada el 10 de noviembre de 2008, la GFS comunicó a TELEFÓNICA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador por haber presuntamente incumplido lo dispuesto en los artículos 6° de las Condiciones de Uso y 36° del Reglamento de Preselección.
4. El 2 de diciembre de 2008, TELEFÓNICA remite sus descargos mediante carta N° DR-107-C-0201/DF-08.
5. El 29 de abril de 2009, la GFS remite a esta Gerencia General su Informe de Análisis de Descargos N° 204-GFS/2009, mediante el cual recomienda se sancione a TELEFÓNICA y mediante Memorando N° 166-GG/2009, remitido al Área Legal de Procedimientos Administrativos, el 30 de abril de 2009, se le requiere la emisión del informe legal respectivo.

III. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El presente procedimiento administrativo sancionador se ha iniciado contra TELEFÓNICA por la imputación del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso y en el artículo 36° del Reglamento de Preselección, que establecen lo siguiente:

Artículo 6°.- Información básica a ser proporcionada por la empresa operadora.

Toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.

La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre:

- (i) El servicio ofrecido;
- (...)

Del texto del artículo 6° de las Condiciones de Uso, se desprende que la obligación de brindar la información se genera en diferentes momentos. Así, se señala que toda persona tiene derecho a recibir de la empresa la información necesaria (i) para tomar una decisión o (ii) realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como (iii) para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios. Se trata de información que se deba brindar cuando la relación

contractual ya existe y también de información que es necesaria para tomar una decisión, realizar una elección, o usar o consumir un servicio.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el segundo párrafo del artículo 6° señala que la empresa está obligada a brindar la información, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, con lo cual queda claro que el artículo 6° de las Condiciones de Uso no sólo se encuentra referido a información que se deba suministrar en el proceso de contratación sino también antes y/o durante la vigencia de la relación empresa-cliente.

Por su parte el artículo 36° del Reglamento de Preselección, de manera más específica en materia de preselección en el servicio de larga distancia, establece lo siguiente:

Artículo 36°.- Los nuevos abonados del servicio de telefonía fija local deberán seleccionar al concesionario que deseen les preste el servicio de larga distancia, al momento de suscribir el contrato de abonado de telefonía fija.

Para tal efecto, antes de suscribirse el respectivo contrato, el concesionario local deberá informar y poner a disposición de los nuevos abonados el formato de Carta de Preselección y una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su selección.
(el subrayado no es original)

Sin embargo, en las acciones de supervisión llevadas a cabo los días 12 de junio (Santiago de Surco) y, 8 (Trujillo), 11 (Piura) y 29 de setiembre (Moquegua) de 2008, se constataron los siguientes hechos:

Acción de Supervisión efectuada el 12 de junio de 2008 en Santiago de Surco, Lima

De la documentación que obra en el expediente de supervisión N° 00017-2008-GG-GFS/30-151, de fojas 64 a 82, se advierte que TELEFÓNICA no informó ni puso a disposición del nuevo abonado que realizaba la contratación de una línea telefónica abierta, la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección.

Al ser consultada la asesora comercial respecto a la posibilidad de elegir una empresa para el servicio de larga distancia, ésta refirió que dicho trámite se realiza con posterioridad a la instalación del servicio, precisando que al momento de la contratación no se realiza la elección del operador de larga distancia.

Sin embargo, la asesora comercial de TELEFÓNICA solicitó al cliente llenar la carta de preselección en las secciones "nombre", "DNI", "apellidos" y "firma" sin consignar ninguna empresa operadora; constatándose luego de la identificación del supervisor que la asesora comercial había consignado a "Telefónica del Perú S.A.A." como empresa operadora elegida.

Acción de Supervisión efectuada el 8 de setiembre de 2008 en Trujillo.

De la documentación que obra en el expediente de supervisión N° 00017-2008-GG-GFS/30-151, de fojas 107 a 120, se advierte que TELEFÓNICA no informó ni puso a disposición del nuevo abonado que realizaba la contratación de una línea telefónica abierta, la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección.

Al consultarse respecto a la existencia de alguna lista de operadores de larga distancia disponibles para ser elegidas, el asesor comercial de

TELEFÓNICA respondió que no tenía una lista con las tarifas de las empresas operadoras y al insistirse sobre la existencia de una lista de operadoras de larga distancia disponibles, el asesor comercial respondió que la información la puede visualizar en la Web de OSIPTEL. Por tanto, el nuevo abonado contratante señaló que al no tener información sobre los operadores disponibles para su elección, preferiría no elegir operador alguno en ese momento, sin embargo, el asesor comercial de TELEFÓNICA indicó que eso no era posible y que debía preseleccionar en este momento o en todo caso debía primero informarse y luego regresar para volver a hacer el trámite.

Acción de Supervisión efectuada el 11 de setiembre de 2008 en Piura.

De la documentación que obra en el expediente de supervisión N° 00017-2008-GG-GFS/30-151, de fojas 121 a 134, se advierte que TELEFÓNICA no informó ni puso a disposición del nuevo abonado que realizaba la contratación de una línea telefónica abierta, la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección.

Acción de Supervisión efectuada el 29 de setiembre de 2008 en Moquegua.

De la documentación que obra en el expediente de supervisión N° 00017-2008-GG-GFS/30-151, de fojas 135 a 141, se advierte que TELEFÓNICA no informó ni puso a disposición del nuevo abonado que realizaba la contratación de una línea telefónica abierta, la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección. Sin embargo, se requirió al nuevo abonado contratante la suscripción de una carta de preselección, sin brindar información al respecto.

1. Descargos de la Empresa Operadora

Sobre los hechos imputados, TELEFÓNICA formula los siguientes descargos:

Supuesta contravención al Principio de Tipicidad.

Señala Telefónica que al pretender sancionarla por la supuesta contravención a lo dispuesto en los artículos 36° del Reglamento de Preselección y 6° de las Condiciones de Uso, se vulnera el principio de tipicidad en la medida que los tipos del ilícito que se le imputan, contenidos en el artículo 49° del Reglamento de Preselección y en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, respectivamente; no contienen una descripción clara y precisa, de manera tal que resulten razonablemente predecibles las consecuencias jurídicas y aflictivas de su conducta.

Al respecto, es preciso señalar que los artículos antes señalados -artículo 49° del Reglamento de Preselección y en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso- no sancionan de manera general a todas las conductas contenidas en el Reglamento de Preselección y en las Condiciones de Uso respectivamente, por el contrario, especifican los artículos que contienen las obligaciones cuyo incumplimiento será sancionable. Los referidos tipos se construyen inicialmente de manera literal a partir de lo dispuesto en sus propios textos y se entiende completo a partir de la remisión directa al contenido de los artículos 36° del Reglamento de Preselección y 6° de las Condiciones de Uso, existiendo así una predeterminación normativa de las conductas y sanciones correspondientes, lo cual no da lugar a posibles interpretaciones extensivas o por analogía al momento de aplicar las normas que contienen las infracciones tipificadas.

En efecto, el artículo 36° del Reglamento de Preselección y el artículo 6° de las Condiciones de Uso, establecen

de manera descriptiva y específica las conductas que deben ser cumplidas por los administrados involucrados, en el presente caso, el concesionario local; siendo que los incumplimientos de dichas conductas se encuentran sancionadas expresamente a través del artículo 49° del Reglamento de Preselección y artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, determinando así expresamente que el incumplimiento del contenido de determinadas normas constituyen infracción administrativa.

Pretender una trascripción de cada uno de los supuestos en las normas tipificadoras de infracciones administrativas resulta innecesario en el presente caso, pues tanto el artículo 36° del Reglamento de Preselección como el artículo 6° de las Condiciones de Uso, determinan de manera precisa las obligaciones correspondientes, que al ser incumplidas genera la configuración de la respectiva infracción administrativa, de acuerdo a las normas citadas.

Cabe agregar, sobre el Informe N° 175-GUS/2007 que menciona TELEFÓNICA, que el mismo corresponde a una opinión de una de las Gerencias del OSIPTEL que no fue recogida por esta Gerencia General en su oportunidad y que de cualquier modo, describe una tipificación distinta, por lo que su alusión resulta impertinente.

Los defectos detectados son errores y no práctica regular.

Señala TELEFÓNICA que si bien pueden haberse detectado algunos defectos en la atención de algunos pocos casos al momento de brindar información respecto a la preselección, constituyen errores de los asesores comerciales originados por la alta rotación del personal y el dinamismo de la regulación. Añade la empresa que, en el análisis de la conducta, deben considerarse las circunstancias en que se cometió la misma, la intencionalidad, entre otros, en concordancia con el principio de razonabilidad y, presenta información sobre el número de atenciones post venta a través del número 104, entre los meses de marzo de 2007 y octubre de 2008, indicando que ante un volumen elevado de atenciones no es posible descartar la posibilidad de la comisión de errores en la implementación de dicha actividad que por sí solos no pueden determinar la existencia de responsabilidad, siempre que, considerando el impacto en la dimensión real de la actividad, no reporten un nivel de gravedad significativo en el conjunto de operaciones de la empresa.

Al respecto, es preciso advertir, en primer término, que no se le ha atribuido a TELEFÓNICA la comisión de una conducta dolosa. De acuerdo con el Principio de Causalidad, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado⁽¹⁾, ninguno de los cuales se presenta en el caso concreto.

En el caso concreto, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, actuando culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma y dolosamente quien conoce y quiere realizar el hecho. En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso y artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, así como la consideración conjunta de lo dispuesto en los

¹ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ª ed., Pág. 539.



artículos 36° y 49° del Reglamento de Preselección; lleva a concluir que no se exige la concurrencia de dolo en los incumplimientos para que se configuren las infracciones, siendo en consecuencia suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas disposiciones, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible.

En tal sentido, una vez producida la acreditación de los hechos constitutivos de la infracción, correspondía a TELEFÓNICA –y no al Regulador–, la demostración de los hechos eximentes de la responsabilidad imputada⁽²⁾, lo cual, como se aprecia, no ha ocurrido, toda vez que las medidas que la empresa indica adoptó, resultaron evidentemente insuficientes.

De otro lado, es necesario señalar con respecto al número de atenciones post venta alcanzado por TELEFÓNICA que aquéllas representan las atenciones realizadas a través del servicio 104, sin embargo la información brindada por los asesores comerciales que son materia del presente procedimiento administrativo sancionador, se encuentra referida a aquella que se brindó de manera presencial, en días distintos, en las oficinas de atención de TELEFÓNICA ubicados en las ciudades de Lima –Distrito de Surco–, Trujillo, Piura y Moquegua, lugares a los cuales el supervisor del OSIPTEL se apersonó con el fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6° de Condiciones de Uso referido a la información básica a ser proporcionada por la empresa operadora previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada y, en el artículo 36° del Reglamento de Preselección referido a la información y puesta a disposición de los nuevos abonados, antes de suscribirse el respectivo contrato, de una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su selección.

De cualquier modo, lo expuesto por TELEFÓNICA en el sentido que los hechos constatados no determinarían por sí solos la existencia de responsabilidad al no constituir un nivel de gravedad significativo en el conjunto de operaciones de la empresa; no resulta un fundamento válido que pueda descartar la configuración de infracción, en tanto no es requisito para su configuración que se trate de un hecho de gran magnitud o generalizado, pues las sanciones buscan reprimir la conducta infractora y precisamente evitar que ella se generalice o de lugar a un impacto de mayor volumen.

De otro lado, no es correcto que los hallazgos antes referidos se pretendan minimizar comparándolos dentro del universo de atenciones telefónicas realizadas desde el servicio 104 entre los meses de marzo de 2007 y octubre de 2008 porque no todas éstas se encontraron referidas a información que sobre preselección debía brindar TELEFÓNICA, además de considerar un periodo más extenso del considerado para realizar las acciones de supervisión y, por encontrarse referidas a una vía de atención distinta a la objeto de supervisión: así en el presente caso lo observado no se analiza por la cantidad de atenciones realizadas a través del 104, sino por la información brindada por los asesores comerciales en las oficinas de la empresa que sólo ha podido ser constatada por medio de las acciones de supervisión realizadas por la GFS a través de las visitas presenciales realizadas a diversas oficinas.

En consecuencia, los resultados obtenidos en el procedimiento de supervisión no coadyuvan al postulado del comportamiento diligente que sostiene TELEFÓNICA, toda vez que, al parecer, la empresa no habría implementado mecanismos (o al menos no lo habría hecho adecuadamente) para verificar que la capacitación que aduce impartió a su personal fue comprendida e implementada.

En efecto, no puede considerarse una conducta diligente el hecho de sostener haber capacitado a su personal con relación a la información que deben brindar, cuando se ha corroborado que la información proporcionada mediante los asesores comerciales de sus oficinas de Santiago de

Surco, Trujillo, Piura y Moquegua no reúne las condiciones que exige el artículo 6° de las Condiciones de Uso y en el artículo 36° del Reglamento de Preselección, en tanto quedó en evidencia que aquellos no pusieron a disposición de los nuevos abonados la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia para su elección. Así, Telefónica no debe olvidar que de cara al usuario, guarda mayor trascendencia la calidad de la información que recibe, frente a los medios empleados por la empresa operadora (y su idoneidad) para que dicha información sea proporcionada.

Supuesto incumplimiento a las normas de supervisión.

Señala TELEFÓNICA que se ha infringido la normativa de supervisión, específicamente lo dispuesto en los artículos 8° y 24° del Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL, en tanto, las acciones de supervisión llevadas a cabo los días 8, 11 y 29 de setiembre de 2008 se produjeron sin previo aviso y mediante la adopción de la modalidad consistente en el comportamiento como usuario y, además intervinieron tres personas respecto de las cuales no consta su identificación como funcionarios de la GFS, así como tampoco en calidad de especialistas instruidos; motivo por el cual el procedimiento de supervisión se encuentra afectado por un vicio de nulidad que se extiende al presente procedimiento administrativo sancionador.

Sobre el particular, es preciso advertir que la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 (LDFF) ha contemplado la realización de supervisiones sin previo aviso como las efectuadas en el presente procedimiento, facultando a los funcionarios del OSIPTEL a comportarse como usuarios, potenciales clientes o terceros para efectos de realizar una acción de supervisión (artículo 14° de la LDFF); y regulando de manera expresa y especial la facultad de sus funcionarios para citar o formular preguntas tanto a funcionarios de la empresa como a terceros (literal f del artículo 15° de la LDFF). Esto es así porque tratándose de una obligación consistente en que los asesores comerciales de las empresas brinden información necesaria para la toma de decisiones, incluso personalmente en las oficinas comerciales de las empresas; su cumplimiento difícilmente podría verificarse si no es haciendo uso de las facultades que otorga la LDFF, específicamente, la potestad de los inspectores a comportarse como usuarios, potestad necesaria para el eficaz ejercicio de la función supervisora.

² - "(...) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad"
Sentencia del Tribunal Supremo Español citada por NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta Edición totalmente reformada. Editorial Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.

- "(...) quien se oponga a la realidad de los hechos que han de servir de sustento a las decisiones de la Administración ha de correr con la prueba de esta circunstancia. (...)
En resumen, 'el ente que impone la sanción tiene la carga de ofrecer al Juez (previamente habrá debido de hacerlo en el procedimiento administrativo) las pruebas de cargo que justifican el acto sancionador; pero no le incumbe a la Administración, sino al sancionado, acreditar la veracidad de los hechos ofrecidos como descargo' (...)"
BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. La prueba en el procedimiento administrativo. Editorial Arazandi S.A. Navarra, 2001. Pág. 209, 213 y 214.

En la misma línea, es de señalar que conforme al artículo 4.2 de la LDFF en acciones de supervisión en las que el funcionario del OSIPTEL se comporta como usuario, este organismo no está obligado a informar el objeto de la misma ⁽³⁾, lo que es afín al eficaz ejercicio de la función supervisora.

En tal sentido, es necesario indicar que en las Actas de Supervisión cuestionadas por TELEFÓNICA, tal como se establece en el artículo 20° de la LDFF, se ha dejado constancia de las incidencias observadas y han sido levantadas exclusivamente por el funcionario del OSIPTEL en el mismo acto y lugar en que fueron realizadas las acciones, entregándole una copia de las mismas a los representantes de TELEFÓNICA quienes, además, dejaron constancia en las mismas actas de comentarios referidos a las acciones de supervisión. Adicionalmente, se encuentran debidamente suscritas por el funcionario del OSIPTEL responsable de la supervisión, por tanto, constituyen un instrumento público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.2 de la LDFF ⁽⁴⁾.

Con relación a las tres personas que intervinieron en la supervisión sin que conste su identificación como funcionarios de la GFS o en calidad de especialistas instruidos, es necesario indicar que ello se debe precisamente a que su intervención no se realizó en la calidad señalada sino que se trata de personas contratantes del servicio que colaboraron en virtud de lo dispuesto en el artículo 14° de la LDFF que establece que la acción del OSIPTEL no tiene que restringirse al trato o información que se le brinda a los supervisores sino que puede incluir información respecto del trato e información que se brinda a otras personas, como ha ocurrido en los casos bajo análisis en los que los supervisores acompañaron a las tres personas aludidas por TELEFÓNICA con el fin de verificar el cumplimiento de lo establecido en los artículos 6° de las Condiciones de Uso y 36° del Reglamento de Preselección.

En tal virtud, las Actas reúnen todos los requisitos de formalidad establecidos por el Reglamento de Supervisión y la LDFF, es decir, no presentan vicio de nulidad alguno, siendo que la valoración que se le dé a los hechos consignados en el Acta de Supervisión es independiente de los requisitos de forma que debe reunir la misma.

Conforme se ha desarrollado anteriormente, es posible concluir que las acciones de supervisión que han motivado el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador cumplen con los requisitos de validez establecidos y no contravienen los principios de legalidad ni debido procedimiento, al haberse actuado conforme a las normas y principios que rigen la función supervisora del OSIPTEL, en razón de la naturaleza de las acciones de supervisión y finalidad pública que se busca satisfacer, esto es, el cumplimiento del marco normativo vigente.

Concurso de Infracciones.

Señala TELEFÓNICA que se está contraviniendo la regla del concurso de infracciones al pretendérsese imponer dos sanciones graves en tanto la carta de intento de sanción recoge una doble imputación de supuestas infracciones que provienen de un mismo hecho cuestionado.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 32° de la LDFF que señala:

Artículo 32°.- Concurso y reincidencia de infracciones.
32.1 Si por la realización del o los mismos actos u omisiones se incurriese en más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción con mayor nivel de gravedad.

Asimismo, la LPAG establece en el artículo 230° lo siguiente:

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

6. **Concurso de Infracciones.-** Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

En el mismo sentido, establece el RGIS lo siguiente:

Artículo 60°.- Si por la realización del o los mismos actos u omisiones, una empresa incurriese en más de una infracción, se le aplicará la sanción prevista para la infracción con mayor nivel de gravedad.

Sin embargo, a efectos de determinar la reincidencia de infracciones, se tendrá en cuenta en el cómputo a las infracciones menos graves no consideradas a efectos de la imposición de la sanción más grave en caso de concurso.

Así pues, en aplicación del principio de concurso de infracciones no es posible imponer a la empresa dos sanciones por la comisión de un mismo acto mas es preciso advertir que previamente a ello resulta indispensable determinar si en realidad se han configurado las dos infracciones que tipifican la conducta observada y ello implica imperiosamente que la imputación a la empresa comprenda a ambas infracciones, caso contrario, no se respetaría el derecho de defensa que tiene la empresa. Más aún, considerando que a efectos de determinar la reincidencia de infracciones, se tienen en cuenta las infracciones menos graves no consideradas a efectos de la imposición de la sanción más grave, es razonable que la supuesta infractora tenga la posibilidad de presentar sus descargos.

En tal sentido, al haberse emitido la carta de intento de sanción en la que se le imputa a TELEFÓNICA la comisión de la infracción tipificada en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso y la infracción contenida en el artículo 49° del Reglamento de Preselección, no se ha vulnerado el principio de concurso de infracciones y en cambio, se están respetando las garantías del debido procedimiento, entre ellas la de dar a la empresa la oportunidad de ejercer su defensa.

Del análisis efectuado ha quedado evidenciado que TELEFÓNICA no puso a disposición de los nuevos abonados una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección, obligación que se encuentra expresamente establecida en el artículo 36° del Reglamento de Preselección y con ello ha incumplido también la obligación contenida en el artículo 6° de las Condiciones de Uso que establece la obligación de la empresa de brindar la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, en el presente caso, a fin de preseleccionar a un concesionario de larga distancia.

³ Artículo 4.- Límites a la información requerida
(...)

4.2 OSIPTEL está obligado a informar a la entidad supervisada el objeto de la acción de supervisión, salvo lo establecido en el Artículo 14 de esta Ley."

"Artículo 14.- Acción de la supervisión sin previo aviso

Los funcionarios de OSIPTEL o los especialistas 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, dentro de los límites establecidos en el Artículo 4 de la presente Ley. En tales casos su acción no tiene que restringirse al trato o información que se les brinda a ellos directamente, sino que puede incluir información respecto del trato e información que se brinda a otras personas."

⁴ Artículo 20°.- Acta
(...)

20.2 El acta, debidamente suscrita por el funcionario de OSIPTEL responsable de la acción constituye instrumento público.



En consecuencia, TELEFÓNICA ha incurrido en las infracciones tipificadas en el 49° del Reglamento de Preselección y en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso respectivamente, ambas calificadas como infracciones graves; correspondiendo a cada infracción, de conformidad con la escala de multas establecida en la LDFF, una multa de entre 51 y 150 UIT. Por tanto, encontrándose ambas infracciones calificadas como graves, resulta indistinta la sanción a aplicarse, debiendo ser sólo una, en aplicación del principio del concurso de infracciones.

2. Determinación de la sanción

A fin de determinar la gradación de la multa a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30° de la LDFF, así como el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁽⁵⁾.

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

Así, se procede al siguiente análisis:

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

Tanto el artículo 6° de las Condiciones de Uso como el artículo 36° del Reglamento de Preselección se encuentran referidos a un deber de información básico que deben observar las empresas operadoras, deber que, en una relación asimétrica como la que se da entre los usuarios y las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones, es aún más importante. Así, de la información que las empresas brinden a los usuarios dependen, en gran medida, las decisiones que éstos adopten; en el caso concreto, sólo teniendo conocimiento los usuarios de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección, podrán ejercer su derecho a elegir debidamente informados.

De ahí que el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso como el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento de Preselección, se encuentran tipificados como infracciones graves, de acuerdo al artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso y 49° del Reglamento de Preselección respectivamente, sancionables, de conformidad con la escala de multas establecida en la LDFF, con multas de entre cincuenta y un (51) UIT y ciento cincuenta (150) UIT.

- (ii) Magnitud del daño causado, perjuicio económico:

En el presente caso no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, sin embargo, es innegable que existe un perjuicio para los abonados que, como los supervisores, no cuentan, previamente a la contratación de nuevas líneas, con la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección, no habiéndoseles proporcionado, de este modo, la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informados, circunstancia que, en consecuencia, podría irrogarles

un perjuicio económico, por aplicación de tarifas y/o planes tarifarios menos convenientes.

De otro lado, es indudable que el incumplimiento señalado, no involucra únicamente a abonados sino también a las otras concesionarias de larga distancia disponibles para ser elegidas que, al dejar de percibir los beneficios que le generaría el tráfico de un cliente adicional, resultan lógicamente perjudicadas.

- (iii) Reincidencia, repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción:

En el presente caso no se han configurado las figuras de continuación y reincidencia, sin embargo, se ha evidenciado una repetición en la comisión de la infracción, toda vez que en el procedimiento tramitado en el expediente N° 00013-2007-GG-GFS/PAS se acreditó el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA a lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento de Preselección; tal como se señaló en la Resolución de Gerencia General N° 413-2007-GG/OSIPTTEL, confirmada en parte por la Resolución N° 560-2007-GG/OSIPTTEL que a su vez fue confirmada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 025-2008-CD/OSIPTTEL de fecha 21 de febrero de 2008.

En dicha oportunidad TELEFÓNICA fue sancionada con una multa de ciento veinte (120) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 49° del Reglamento de Preselección, advirtiéndose que al igual que en el presente procedimiento administrativo sancionador, los actos constitutivos de la infracción fueron el no brindar la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada, específicamente, no proporcionó a los contratantes de una nueva línea telefónica, la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su elección.

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

En el presente caso, TELEFÓNICA no ha desconocido los hechos imputados mas indica que no se trata de una práctica regular.

De otro lado, el artículo 55° del RGIS establece lo siguiente:

Artículo 55°.- OSIPTTEL podrá, en el caso de infracciones no calificadas como muy graves, condonar el monto de las sanciones si lo estima pertinente; siempre y cuando, la empresa operadora subsane espontáneamente la infracción hasta el quinto día posterior a la fecha de notificación de la comunicación señalada en el literal a) del artículo anterior. Alternativamente OSIPTTEL podrá emitir una amonestación escrita.

Al respecto, debe indicarse que en el presente caso no se ha producido la situación descrita en el artículo transcrito, en tal sentido, no corresponde su aplicación. Tampoco se aprecian otros supuestos atenuantes de responsabilidad en el presente procedimiento administrativo sancionador.

⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.
(...)

1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

(v) Beneficio obtenido por la comisión de la infracción:

Este criterio se encuentra inversamente relacionado con la magnitud del daño causado analizado en el numeral (ii), en tal sentido, tampoco existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del beneficio obtenido por la comisión de las infracciones; sin embargo, es evidente la presencia de beneficios a favor de TELEFÓNICA, constituidos por el tráfico de cada uno de los abonados que han preseleccionado a dicha empresa por no contar con información sobre la existencia de alternativas

(vi) Intencionalidad en la comisión de la infracción:

En el presente procedimiento administrativo sancionador no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción, sin embargo, tal como se ha señalado, se puede advertir la falta de diligencia por parte de TELEFÓNICA, ya que los mecanismos de capacitación a sus asesores comerciales utilizados por la empresa, han resultado insuficientes, más aún cuando se trata de hechos que ya han ocurrido con anterioridad, como se ha indicado al analizar el criterio de la repetición.

(vii) Capacidad económica:

La LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En el presente caso, las acciones de supervisión que dieron lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador se realizaron en el año 2008, en tal sentido, la multa a imponerse a TELEFÓNICA no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2007.

Efectuado el análisis, se advierte que TELEFÓNICA cuenta con capacidad económica para asumir el monto pecuniario de la sanción y la multa a imponer no supera el porcentaje antes señalado.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF y en la LPAG, y en aplicación del Principio de Concurso de Infracciones, corresponde sancionar a TELEFÓNICA con una sanción de multa equivalente a ciento treinta (130) UIT por la comisión de las infracciones graves tipificadas en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso y en el artículo 49º del Reglamento de Preselección.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con CIENTO TREINTA (130) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS, por la comisión de las infracciones graves tipificadas en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso y en el artículo 49º del Reglamento de Preselección; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2º.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 3º.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización coordine con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme, y ponga la multa impuesta en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

ALEJANDRO JIMENEZ MORALES
Gerente General

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
Nº 451-2009-GG/OSIPTEL

Lima, 03 de diciembre de 2009

EXPEDIENTE Nº :	00030-2008-GG-GFS/PAS
MATERIA :	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO :	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución Nº 341-2009-GG/OSIPTEL, presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA) con fecha 22 de octubre de 2009;
- (ii) El Informe Nº 079-ALPA/2009 del Área Legal de Procedimientos Administrativos de la Gerencia Legal del OSIPTEL;

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 30 de abril (Chimbote), 20 de mayo (San Isidro), 9 (Miraflores), 12 (Santiago de Surco) y 24 de junio (Pueblo Libre) y, 8 (Trujillo), 11 (Piura) y 29 de setiembre (Moquegua) de 2008, la Gerencia de Fiscalización (GFS) efectuó supervisiones en las oficinas de TELEFÓNICA, a fin de verificar el cumplimiento de la obligación de proporcionar a los ciudadanos contratantes de una nueva línea telefónica, la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada; de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6º de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Condiciones de Uso), aprobadas por Resolución Nº 116-2003-CD/OSIPTEL, y 36º del Reglamento del Sistema de Preselección del Concesionario del Servicio Portador de Larga Distancia (Reglamento de Preselección), aprobado mediante Resolución Nº 006-99-CD/OSIPTEL.
2. Como resultado de las mencionadas acciones de supervisión, mediante Informe Nº 683-GFS-30-151/2008 del 7 de noviembre de 2008, la GFS concluyó que TELEFÓNICA, en las acciones de supervisión de fecha 12 de junio (Santiago de Surco) y, 8 (Trujillo), 11 (Piura) y 29 de setiembre (Moquegua) de 2008, incumplió lo dispuesto en los artículos 6º de las Condiciones de Uso y 36º del Reglamento de Preselección.
3. Mediante carta C.1244-GFS/2008, notificada el 10 de noviembre de 2008, la GFS comunicó a TELEFÓNICA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (PAS) por haber presuntamente incumplido lo dispuesto en los artículos 6º de las Condiciones de Uso y 36º del Reglamento de Preselección.
4. El 2 de diciembre de 2008, TELEFÓNICA remite sus descargos mediante carta DR-107-C-0201/DF-08.
5. El 29 de abril de 2009, la GFS remite a esta Gerencia General su Informe de Análisis de Descargos Nº 204-GFS/2009, mediante el cual recomienda se sancione a TELEFÓNICA.
6. Mediante Resolución Nº 341-2009-GG/OSIPTEL del 25 de setiembre de 2009, se resolvió multar a TELEFÓNICA con ciento treinta (130) UITs, por el concurso de infracciones previstas en los artículos 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, y 49º del Reglamento de Preselección.

II. PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración, mediante escrito de fecha 22 de octubre de 2009, dentro del plazo establecido por la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) para ejercer el derecho de contradicción administrativa contra la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL; ofreciendo como nueva prueba: (i) copia de cuatro actas de supervisión efectuadas por el OSIPTEL a los multicentros de Chimbote, Pueblo Libre, Miraflores y San Isidro; (ii) copia de cartas remitidas entre TELEFÓNICA y el OSIPTEL coordinando las capacitaciones a multicentros; y, (iii) copia de captura de la pantalla del sistema ANGEL con la información correspondiente al sistema de preselección.

III. ANÁLISIS

TELEFÓNICA solicita declarar fundado su recurso de reconsideración y dejar sin efecto lo dispuesto en la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL en atención a los siguientes fundamentos, los mismos que se analizan a continuación:

1. Sobre las medidas correctivas realizadas por TELEFÓNICA

TELEFÓNICA considera que la falta de intencionalidad constituye una causal para el archivo del presente PAS por aplicación del principio de razonabilidad, sin embargo señala que el OSIPTEL ha considerado, que en el presente caso no se ha presentado un supuesto excluyente de responsabilidad.

Asimismo, sostiene TELEFÓNICA que adoptó medidas adecuadas y diligentes para reducir el margen de errores. Así, señala que sus asesores comerciales reciben la información que se debe ofrecer a los usuarios a través del canal informativo oficial de la compañía (Sistema Comercial ANGEL), el mismo que replica sus lineamientos comerciales y regulatorios que son revisados periódicamente por sus asesores, no pudiendo alejarse de los mismos en la atención a los usuarios; verificando de manera permanente y continua el cumplimiento de dichos lineamientos, reforzando la aplicación y obediencia a los mismos a través de capacitaciones periódicas para el área comercial; no obstante, indica que dado al elevado volumen de atenciones y teniendo en cuenta que los asesores comerciales son humanos, existe la posibilidad de un mínimo margen de error insuperable e invencible, el mismo que por sí sólo no puede determinar la existencia de responsabilidad si no reporta un nivel de gravedad significativo considerando el gran universo de atenciones al público, siendo que los cuatro (4) errores observados en las acciones de supervisión equivalen a un 0.038% del total de consultas absueltas mensualmente en las oficinas comerciales supervisadas.

En ese sentido, indica que se encuentra exonerado de responsabilidad toda vez que al haberse tratado de un error invencible, la conducta imputada no sería pasible de una sanción administrativa de multa; y en todo caso, correspondería una medida administrativa menos gravosa.

Al respecto, es preciso indicar que alegar falta de intencionalidad, no constituye argumento suficiente para que se concluya que no se ha incurrido en infracción. De acuerdo al Principio de Causalidad, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado (1), ninguno de los cuales se presenta en el caso concreto.

En el caso concreto, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, actuando culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma y dolosamente quien conoce y quiere realizar el hecho. En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso y artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, así como la consideración conjunta de lo dispuesto en los artículos 36° y 49° del Reglamento de Preselección; lleva a concluir que no se exige la concurrencia de dolo en los incumplimientos para que se configuren las infracciones, siendo en consecuencia suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas disposiciones, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible.

En tal sentido, una vez producida la acreditación de los hechos constitutivos de la infracción, correspondía a TELEFÓNICA –y no al Regulador–, la demostración de los hechos eximentes de la responsabilidad imputada (2), lo cual, como se aprecia, no ha ocurrido, toda vez que las medidas que la empresa indica adoptó, resultaron evidentemente insuficientes.

Asimismo, cabe señalar que la intencionalidad es uno de los aspectos a ser evaluados para la gradación de la multa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230° de la LPAG; sin perjuicio de la configuración de la infracción que como se ha señalado en el presente PAS, se produjo. En tal sentido, el hecho que no se haya evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción no eximiría de responsabilidad al administrado ni sustraería la materia sancionable.

De otro lado con relación al error invencible, es de indicar que atendiendo a la naturaleza de las actividades que cumple TELEFÓNICA y a su prolongada trayectoria en el sector de las telecomunicaciones, no es admisible que recurra a la presencia del error para justificar su negligencia; mucho menos cuando no existe medio probatorio alguno que dé fe de que el hecho observado en que incurrió fue

¹ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ª ed., Pág. 539.

² (...) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad" Sentencia del Tribunal Supremo Español citada por NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta Edición totalmente reformada. Editorial Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.

(...) quien se oponga a la realidad de los hechos que han de servir de sustento a las decisiones de la Administración ha de correr con la prueba de esta circunstancia. (...)

En resumen, 'el ente que impone la sanción tiene la carga de ofrecer al Juez (previamente habrá debido de hacerlo en el procedimiento administrativo) las pruebas de cargo que justifican el acto sancionador; pero no le incumbe a la Administración, sino al sancionado, acreditar la veracidad de los hechos ofrecidos como descargo' (...)"

BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. La prueba en el procedimiento administrativo. Editorial Arazandi S.A. Navarra, 2001. Pág. 209, 213 y 214.

³ NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit. p. 407

de carácter invencible. Sobre el particular, NIETO GARCÍA ha señalado lo siguiente ⁽³⁾:

La <<especial severidad>> de Derecho Administrativo Sancionador puede también explicarse, sin embargo, de una manera más simple y técnicamente más precisa a través de la superabilidad del error, tal como aparece en el precepto citado del Código Penal, es decir, atendiendo a las <<circunstancias personales del autor>>. Porque en el campo del Derecho Administrativo Sancionador resulta de ordinario trascendental el hecho de que el infractor sea un profesional o un lego. Cuando la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una profesión o actividad especializada se esfuma la posibilidad del error porque – por así decirlo – la norma ha impuesto la obligación de no equivocarse y opera, en consecuencia, la presunción de que no se ha equivocado. El profesional ha adquirido –a través de los estudios que preceden a su título oficial- una formación técnica que el preserva (formalmente) contra el error, y quien ejerce una actividad especializada está obligado a adoptar precauciones especiales para evitarlo y hasta es frecuente que la norma le exija que con él colaboren profesionales y expertos (arquitectos en una construcción, químicos e ingenieros en un proceso de producción). Sin olvidar, por otra parte, que el ejercicio de una profesión (actividad especializada en general) implica la asunción voluntaria de obligaciones singulares así como de responsabilidades específicas frente a la Administración y terceros.”

(Sin subrayado en el original)

Asimismo, aún en el caso que se asumiera la existencia de un error en este caso, éste no resulta invencible y por ende, excluyente de responsabilidad administrativa, puesto que corresponde a situaciones que pudieron haber sido fácilmente superadas de haber puesto TELEFÓNICA la diligencia debida que le era exigible al momento de brindar la información y poner a disposición de los nuevos abonados, antes de suscribirse el respectivo contrato, de una lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su selección. La diligencia mínima exigida a dicha empresa requería, por lo menos, verificar que sus asesores comerciales tuvieran la referida lista para entregarla a los nuevos abonados.

Con relación, a lo expuesto por TELEFÓNICA en el sentido que los hechos constatados no determinarían por sí solos la existencia de responsabilidad al no constituir un nivel de gravedad significativo en el conjunto de operaciones de la empresa; no resulta un fundamento válido que pueda descartar la configuración de infracción, en tanto no es requisito para su configuración que se trate de un hecho de gran magnitud o generalizado, pues las sanciones buscan reprimir la conducta infractora y precisamente evitar que ella se generalice o de lugar a un impacto de mayor volumen.

Además, no se puede considerar los hechos observados en las cuatro (4) supervisiones presenciales realizadas por la GFS como casos aislados, porque fueron realizadas en horas, días y oficinas ubicadas en lugares distintos, y atendidas por cuatro (4) asesores comerciales diferentes que no pusieron a disposición de los nuevos abonados la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia para su selección.

Finalmente, no es correcto que los hechos observados se pretendan minimizar comparándolos dentro de la cantidad de consultas que absuelve mensualmente TELEFÓNICA en los multicentros supervisados, porque ello no desvirtúa que los referidos hechos se hayan vuelto a presentar, toda vez que no se conoce que tipo de consultas fueron las atendidas por los asesores comerciales de TELEFÓNICA.

2. De las acciones adoptadas por TELEFÓNICA

TELEFÓNICA señala que no se valora el correcto comportamiento observado en los cuatro (4) multicentros ⁽⁴⁾ que no fueron mencionados en la Resolución impugnada, en que sus asesores comerciales sí dieron información correcta y completa, lo que permitiría concluir que viene adoptando las medidas correctivas suficientes

para contrarrestar cualquier error y que sus asesores sí se encuentran capacitados, por lo que las fallas observadas en algunas oficinas no pueden ser consideradas como una regla ni sirven para invalidar las acciones adoptadas por la empresa. Para ello, adjunta como nueva prueba las actas de las supervisiones efectuadas en los citados multicentros.

Asimismo, TELEFÓNICA señala que la afirmación contenida en la Resolución impugnada, referida a que no habría tomado medidas suficientes no es correcta, toda vez que sí fue diligente, pues no sólo se preocupa por ofrecer constante capacitación a sus asesores comerciales, sino que también brinda facilidades a funcionarios del OSIPTEL para la capacitación sobre temas regulatorios a los referidos asesores, para lo cual adjunta como nueva prueba las comunicaciones remitidas con el OSIPTEL, coordinando capacitaciones a multicentros; asimismo también considera haber sido diligente al colgar y actualizar en el Sistema Comercial ANGEL la información de interés para los usuarios periódicamente, a fin de que sus asesores estén actualizados, para lo cual adjunta como nueva prueba la captura de la pantalla de dicho sistema con información correspondiente al sistema de preselección, por lo que considera TELEFÓNICA que, teniendo en cuenta el principio de razonabilidad, el OSIPTEL debió tomar en consideración las medidas que viene implementando. Finalmente, solicita la realización de supervisiones intempestivas conjuntas con TELEFÓNICA, a fin de verificar el cumplimiento de la normativa de preselección y de las Condiciones de Uso.

Al respecto, como se señaló anteriormente, la diligencia mínima exigida a TELEFÓNICA en este caso le exigía, por lo menos, verificar que sus asesores comerciales tuvieran la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su selección, a fin de que se entregará a sus nuevos abonados, lo cual se esperaba que TELEFÓNICA estuviera cumpliendo con la referida obligación en todos sus multicentros.

Sin embargo, como se señaló en la Resolución impugnada, los resultados obtenidos en el procedimiento de supervisión no coadyuvan al postulado del comportamiento diligente que sostiene TELEFÓNICA, toda vez que, al parecer, la empresa no habría implementado mecanismos (o al menos no lo habría hecho adecuadamente) para verificar que la capacitación que aduce impartió a su personal fue comprendida e implementada.

En efecto, no puede considerarse una conducta diligente el hecho de sostener haber capacitado a su personal con relación a la información que deben brindar, cuando se ha corroborado que la información proporcionada mediante los asesores comerciales de sus oficinas de Santiago de Surco, Trujillo, Piura y Moquegua no reúne las condiciones que exige el artículo 6º de las Condiciones de Uso y en el artículo 36º del Reglamento de Preselección, en tanto quedó en evidencia que aquellos no pusieron a disposición de los nuevos abonados la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia para su selección.

Más aún, cuando no es la primera vez que se advierte que TELEFÓNICA no cumple con informar correctamente sobre la normativa de preselección, así se tiene que en el expediente N° 00038-2007-GG-GFS/MC se le había impuesto una Medida Correctiva mediante Resolución N° 280-2007-GG/OSIPTEL ⁽⁵⁾, en la cual se le ordenó proceda a la implementación, entre otras acciones, de la siguiente:

1. Brinde información completa, clara, veraz, detallada, precisa, suficiente y apropiada a toda persona que lo solicite, en todas las consultas que se formulen sobre la aplicación de la normativa de preselección, a través de la totalidad de los medios que utilice la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. para comunicarse con el público en general, dando

⁴ Multicentros Chimbote, San Isidro, Miraflores y Pueblo Libre.

⁵ Notificada el 17 de julio de 2007.

estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso.

(Sin subrayado en el original)

Esta resolución, fue confirmada por la Resolución N° 379-2007-GG/OSIPTEL y a su vez confirmada por la Resolución N° 186-2007-PD/OSIPTEL de fecha 28 de noviembre de 2007.

Asimismo, en el expediente N° 00013-2007-GG-GFS/PAS se acreditó el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA a lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento de Preselección; tal como se señaló en la Resolución de Gerencia General N° 413-2007-GG/OSIPTEL, confirmada en parte por la Resolución N° 560-2007-GG/OSIPTEL que a su vez fue confirmada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 025-2008-CD/OSIPTEL de fecha 21 de febrero de 2008.

En ese sentido, si bien en el procedimiento de supervisión hubieron oficinas en las cuales no se advirtieron los hechos observados, lo cierto es que la conducta negligente por parte de TELEFÓNICA se observó en las supervisiones realizadas en las oficinas de Santiago de Surco, Trujillo, Piura y Moquegua en donde se acreditó que efectivamente las medidas que la empresa indica adoptó fueron insuficientes.

De otro lado, cabe señalar que la supervisión intempestiva solicitada por TELEFÓNICA constituiría analizar su comportamiento posterior a la configuración del incumplimiento, lo cual es uno de los aspectos a ser evaluados para la gradación de la multa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF); sin perjuicio de la configuración de la infracción que como se ha señalado en los párrafos precedentes, se produjo. En tal sentido, la verificación del cese de la infracción no eximiría de responsabilidad al administrado ni sustraería la materia sancionable.

En consecuencia, la realización de una supervisión intempestiva no modificaría la decisión emitida en la Resolución impugnada porque la misma sólo acreditaría, como se ha indicado, el comportamiento posterior de la empresa a la configuración del incumplimiento observado en el presente procedimiento sancionador.

Asimismo, tampoco modificaría la multa impuesta porque la gradación de la multa en el presente caso se determinó teniendo en cuenta el análisis del criterio correspondiente a la magnitud del daño causado y perjuicio económico, la reincidencia, repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, así como el beneficio obtenido por la comisión de la infracción, siendo lo más resaltante el criterio de la repetición donde TELEFÓNICA ya había sido sancionada en el expediente N° 00013-2007-GG-GFS/PAS con una multa de ciento veinte (120) UITs por similares hechos observados en el presente PAS motivo por el cual en el presente caso se decidió imponerle una multa de ciento treinta (130) UITs.

Por consiguiente, respecto a la solicitud de realizar supervisiones intempestivas, se debe tener en cuenta que, si bien es cierto que el administrado tiene el derecho de presentar pruebas y sustentar alegaciones, lo cierto es que la Administración ostenta la prerrogativa de no admitir, desestimar y/o rechazar los medios de prueba presentados por tales administrados, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. Así, el artículo 163° de la LPAG estipula:

Artículo 163.- Actuación probatoria

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

(Sin subrayado en el original).

Precisamente ello ha sido ratificado por la doctrina nacional, como la extranjera. Así, JUAN MORÓN URBINA⁽⁶⁾ sostiene:

También puede ocurrir que aunque el particular hubiera propuesto pruebas, la Administración las desestime por imposibles, inconducentes, impertinentes o formalmente improcedentes. (...) La negativa a actuar un medio probatorio se puede fundar en:

- Inconducente es el medio probatorio que no sirva para decidir el asunto (por ejemplo, referido a un aspecto accidental o irrelevante en el procedimiento, o que no orientan a ninguna convicción clara).
- Inadmisibles es el medio de prueba prohibido expresamente por la ley o que resulta de imposible actuación.
- Impertinente es el medio de prueba no referido a los hechos materia de probanza (sea sobre hechos ajenos o contenidos en el asunto pero tan evidentes que no requieren probanza).

Mientras que GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ⁽⁷⁾ exponen:

Ello no obsta, naturalmente –y en este sentido es como hay que entender la expresión “pruebas objetivamente necesarias” antes empleada-, a la facultad que la Administración retiene en orden a la decisión sobre la pertinencia y relevancia de las pruebas en cada caso propuestas (...). Cuando todas o algunas de las pruebas propuestas se revelen innecesarias o inútiles a estos efectos, la Administración puede denegar su práctica, sin incurrir por ello en vicio de nulidad alguno (...).

(Sin subrayado en el original).

En ese sentido, la realización de supervisiones intempestivas solicitada por TELEFÓNICA no es relevante para resolver el fondo de la materia que se discute, por cuyo efecto no desvirtúa la responsabilidad de la referida empresa frente a la infracción cometida ni contribuye a reducir la multa impuesta.

3. Sobre si ha corregido la conducta observada

TELEFÓNICA señala que en el presente caso procede la aplicación del régimen de beneficios establecido en el artículo 55° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, toda vez que luego de notificado el intento de sanción, no se han vuelto a producir fallos ni cuestionamientos a la atención e información que brindaron sobre la preselección, correspondiendo al OSIPTEL la realización de nuevas supervisiones a fin de verificar la subsanación de su conducta, y en caso considere que no se ha configurado la subsanación, corresponderá al OSIPTEL acreditar dicha no configuración, a fin de no contravenir el Principio de Presunción de Licitud.

Asimismo, señala que al no haberse acreditado algún daño, beneficio o intencionalidad solicita que no se aplique una medida tan gravosa como la imposición de una multa, refiriéndose a un pronunciamiento de Consejo Directivo del OSIPTEL en donde resolvió revocar la multa impuesta en el procedimiento tramitado en el expediente N° 00010-2008-GG-GFS/PAS.

Al respecto, se debe tener en cuenta que, la sanción impuesta en la Resolución impugnada a TELEFÓNICA se debió porque se corroboró que la información proporcionada mediante sus asesores comerciales de sus

⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos; “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. 2003. Pg.353. 2° edición

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas. Op. Cit, p 1436.

oficinas de Santiago de Surco, Trujillo, Piura y Moquegua no cumplieron con lo dispuesto por el artículo 6° de las Condiciones de Uso y en el artículo 36° del Reglamento de Preselección, en tanto quedó en evidencia que aquellos no pusieron a disposición de los nuevos abonados la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia para su selección.

En consecuencia, el incumplimiento a los artículos antes mencionados se configuró en el momento en el cual los asesores comerciales no pusieron a disposición de los nuevos abonados la referida lista, incurriendo en las infracciones tipificadas por el artículo 49° del Reglamento de Preselección, así como por el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, no habiéndose observado que posteriormente TELEFÓNICA a través de sus asesores comerciales haya subsanado espontáneamente las infracciones en las que había incurrido.

En ese sentido, se considera que la subsanación espontánea de la infracción está referida a subsanar los hechos observados, y no a las acciones que posteriormente la empresa operadora haya podido realizar a fin de no volver a cometer las mismas infracciones.

Por lo expuesto, es claro que, contrariamente a lo manifestado por TELEFÓNICA, lo afirmado en la Resolución impugnada con relación al artículo 55° del RGIS fue correcto, al señalar que dicho artículo no es aplicable en el presente caso.

De otro lado, respecto a la decisión de haberle impuesto una multa a TELEFÓNICA, se debe considerar que tal decisión así como su gradación, tuvo en cuenta que, si bien no existieron elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, era innegable que existe un perjuicio para los abonados que, como los supervisores, no cuentan, previamente a la contratación de nuevas líneas, con la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su selección, no habiéndoseles proporcionado, de este modo, la información necesaria para tomar una decisión o realizar una selección adecuadamente informados, circunstancia que, en consecuencia, podría irrogarles un perjuicio económico, por aplicación de tarifas y/o planes tarifarios menos convenientes.

Asimismo, es indudable que el incumplimiento señalado, no involucra únicamente a abonados sino también a las otras concesionarias de larga distancia disponibles para ser elegidas que, al dejar de percibir los beneficios que le generaría el tráfico de un cliente adicional, resultan lógicamente perjudicadas.

De otro lado, si bien tampoco existieron elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del beneficio obtenido por la comisión de las infracciones; lo cierto es que, es evidente la presencia de beneficios a favor de TELEFÓNICA, constituidos por el tráfico de cada uno de los abonados que han preseleccionado a dicha empresa por no contar con información sobre la existencia de alternativas.

Y si bien no se evidenció la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción, lo cierto es que si se advirtió la falta de diligencia por parte de TELEFÓNICA, ya que los mecanismos de capacitación a sus asesores comerciales utilizados por la empresa, han resultado insuficientes, más aún cuando se trata de hechos que ya han ocurrido anteriormente, como se indicó al analizar el criterio de la repetición en la Resolución impugnada.

En efecto, se evidenció una repetición en la comisión de la infracción, toda vez que en el procedimiento tramitado en el expediente N° 00013-2007-GG-GFS/PAS se acreditó el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA a lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento de Preselección.

En dicha oportunidad TELEFÓNICA fue sancionada con una multa de ciento veinte (120) UITs por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 49° del Reglamento de Preselección, advirtiéndose que al igual que en el presente PAS, los actos constitutivos de la infracción fueron el no brindar

la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada, específicamente, no proporcionó a los contratantes de una nueva línea telefónica, la lista no discriminatoria y neutral de los concesionarios de larga distancia disponibles para su selección.

Por lo expuesto, se advierte que las circunstancias en el presente caso son distintas a las analizadas en el expediente N° 00010-2008-GG-GFS/PAS, debiendo tenerse en cuenta los criterios analizados para la determinación de la sanción, así como que TELEFÓNICA había sido advertida de su obligación de informar sobre la normativa de preselección en la Medida Correctiva que le fue impuesta mediante Resolución N° 280-2007-GG/OSIPTEL.

De las consideraciones precedentes y teniendo en cuenta que, ni los fundamentos expuestos por TELEFÓNICA ni la nueva prueba ofrecida, desvirtúan su responsabilidad; corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por la empresa, y en consecuencia confirmar la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL.

IV. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS

TELEFÓNICA solicita en el tercer otrosí de su recurso de reconsideración, la suspensión de los efectos de la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 216.2° de la LPAG.

Sobre el particular, se establece en el literal d) del artículo 27° de la LDFF, Ley N° 27336, que los medios impugnatorios suspenderán únicamente el cobro de la multa impuesta.

Considerando que la Resolución impugnada impone a TELEFÓNICA una sanción pecuniaria, su cobro queda suspendido en atención a lo dispuesto en el artículo 27° de la LDFF, por lo que corresponde declarar procedente la solicitud aludida.

POR LO EXPUESTO, en aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**, en consecuencia, **CONFIRMAR**, en todos sus extremos, la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL de fecha 25 de setiembre de 2009; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Declarar procedente la solicitud de suspensión de los efectos de la Resolución N° 341-2009-GG/OSIPTEL del 25 de setiembre de 2009, 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.

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización coordine con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme o haya causado estado, de conformidad con el artículo 33° de la LDFF y; ponga la multa impuesta en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

ALEJANDRO JIMENEZ MORALES
Gerente General

459577-1