

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**LA ELIMINACIÓN DEL COSTO DE LA PRUEBA PERICIAL
ANTE CASOS DE SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD COMO
GARANTÍA DE ACCESO A UNA EFECTIVA TUTELA DE
DERECHOS DE LOS SERVICIOS EN TELECOMUNICACIONES**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

ABOGADO

LEON GARRIDO, ENGELL PILAR

Chiclayo, 08 de noviembre del 2018

**LA ELIMINACIÓN DEL COSTO DE LA PRUEBA PERICIAL
ANTE CASOS DE SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD COMO
GARANTÍA DE ACCESO A UNA EFECTIVA TUTELA DE
DERECHOS DE LOS SERVICIOS EN TELECOMUNICACIONES**

PRESENTADA POR:

LEON GARRIDO ENGELL PILAR

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de:

ABOGADO

APROBADA POR:

Dra. Llanos Baltodano, Ana María Margarita

PRESIDENTE

Mtro. Vines Arbulú, Cesar Martín

SECRETARIO

Mtro. Mogollón Pacherre, Percy Orlando

ASESOR

DEDICATORIA

La presente tesis está dedicada a mi madre:
María Pilar, por su apoyo incondicional en cada
momento de mi vida; y a mi familia.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, porque permitió que logre alcanzar esta meta profesional en mi vida, fue su voluntad.

Gracias al Doctor Percy Mogollón Pacherre, por haberme guiado con sus continuas correcciones, pues, logró que mis ideas tengan sentido y puedan ser plasmadas en este trabajo, y a todas aquellas personas que contribuyeron con su granito de arena para que sea posible concretar este tema de investigación.

De igual manera a mi prestigiosa Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, por haberme formado no sólo en el ámbito académico, sino también en el ámbito personal.

Engell Pilar Leon Garrido

RESUMEN

Cuando se desarrolló la presente tesis, se encontró que en la actualidad no existen aún una medida de seguridad suficiente que salvaguarde la identidad de las personas, para celebrar un contrato sumamente seguro; así mismo de la revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo General 27444, se aprecia que en el Artículo 185.1 “Los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que éstos deben pronunciarse; por ende el artículo 185.2 menciona que serán los administrados quienes la administración se abstendrá de contratar peritos por su parte...”

Esto nos lleva a presumir, para demostrar la veracidad de una contratación que se encuentra en un caso de suplantación de identidad o una contratación no solicitada, los administrados deberán soportar los gastos económicos de una prueba pericial, y pagar para su procedimiento administrativo, esto es llamado en la figura jurídica administrativa “solve et repete, pues, para reclamar el administrado deberá pagar un importe económico, para llegar a la verdad material, la cual resulta arbitrario y abusivo toda vez que la Administración Pública deberá ser quien en realidad soporté el gasto de las costas y costos así como la prueba pericial y no el Administrado ante este tipo de arbitrariedad en un procedimiento administrativo.

Finalmente se obtuvo como resultado, ante estos tipos de casos de suplantación de identidad, urge adaptar mecanismos de seguridad de identificación en las llamadas telefónicas, para evitar suplantaciones de identidad de los usuarios, por lo que es necesario una modificatoria o en su defecto la implementación de su reglamento, para adoptar mecanismos idóneos de descarte, para evitar arbitrariedades en las contrataciones en telecomunicaciones, se debe contar con un procedimiento garantista en pro de un debido procedimiento administrativo de servicios públicos en telecomunicaciones.

Palabras claves: Osiptel, Debido Procedimiento Administrativo, Servicios Públicos, Organismo Regulador, Principio de Gratuidad.

ABSTRACT

When the present thesis was developed, it was found that at present there is not yet a sufficient security measure that safeguards the identity of the people, to celebrate a highly secure contract; likewise of the revision of the General Administrative Procedure Law 27444, it can be seen that in Article 185.1 "Managers may propose the appointment of experts at their expense, at the same time indicating the technical aspects on which they must decide; therefore article 185.2 mentions that the administrated will be those who the administration will abstain from hiring experts on their part ... "

This leads us to presume, to demonstrate the veracity of a recruitment that is in a case of identity theft or an unsolicited contract, the administrated will have to bear the economic expenses of an expert test, and pay for its administrative procedure, this is called in the administrative legal figure "solve et repete, then, to claim the administered must pay an economic amount, to get to the material truth, which is arbitrary and abusive since the Public Administration should be who actually supported the expense of the costs and costs as well as the expert evidence and not the one administered before this type of arbitrariness in an administrative procedure.

Finally, as a result, in response to these types of identity theft cases, it is urgent to adapt security identification mechanisms in telephone calls, in order to avoid identity theft of users, which is why a modification is necessary or, failing that, implementation of its regulation, to adopt suitable discard mechanisms, in order to avoid arbitrariness in telecommunication hiring, there must be a guarantee procedure in favor of a due administrative procedure of public services in telecommunications.

Keywords: Osiptel, Due Administrative procedure, Public Services, Regulatory Body, Principle of Gratuity.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
TABLA DE ABREVIATURAS	x
GLOSARIO	xi
INTRODUCCIÓN	xii
CAPÍTULO I	
DEL MARCO LEGAL QUE RIGE LA ACTUACIÓN DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN LAS TELECOMUNICACIONES EN EL MERCADO DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES	
-----	15
1.1. El organismo supervisor de inversión privada en las telecomunicaciones-----	15
1.2. Naturaleza Jurídica-----	19
1.2.1. Aspectos organizativos-----	20
1.2.2. Aspectos funcionales-----	25
1.3. El objeto y las funciones del OSIPTEL en materia de la libre competencia-----	30
1.3.1. Objeto-----	30
1.3.2. Funciones de OSIPTEL-----	30
1.3.2.1. Función normativa-----	33
1.3.2.2. Función reguladora-----	40
1.3.2.3. Función supervisora-----	40
1.3.2.4. Función fiscalizadora y sancionadora-----	41
1.3.2.5. Función de solución de controversias de usuario-----	43
1.3.2.6. Función de reclamaciones de los usuarios-----	47
1.3.3. Facultades de OSIPTEL-----	48
1.4. De los principios de acción del OSIPTEL dentro del marco de la regulación económica y del derecho administrativo-----	49

1.4.1. Principios relacionados a la promoción de la competencia-----	49
1.4.2. Principios relacionados a la autonomía, predictibilidad, transparencia y la legitimidad de las decisiones-----	51
1.4.3. Principios relacionados con la actuación del regulador-----	53

CAPÍTULO II

EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA DIRECTIVA DE RECLAMOS DEL ORGANISMO REGULADOR DE OSIPTEL ----- 54

2.1. Los principios administrativos en la directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones -----	54
2.1.1. Principio de celeridad-----	56
2.1.2. Principio de simplicidad -----	58
2.1.3. Principio de transparencia-----	58
2.1.4. Principio de no discriminación -----	59
2.1.5. Principio de responsabilidad -----	60
2.1.6. Principio de gratuidad-----	61
2.1.7. Principio de presunción de veracidad -----	62
2.1.8. Principio de la eliminación de exigencias o formalidades costosas: -----	64
2.1.9. Principio de subsanación -----	65
2.1.10. Principio de vinculación y formalidad -----	65
2.2. Actuación de pruebas en el procedimiento administrativo y su vinculación con el debido proceso administrativo -----	66
2.3. Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el debido procedimiento administrativo -----	69
2.4. Dispositivos legales que regulan el procedimiento de reclamos de usuarios de servicios de telecomunicaciones -----	71
2.4.1. Directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y sus modificatorias -----	71

2.4.2. Reglamento para la atención de reglamentos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones -----	74
2.5. Etapas y plazos del procedimiento de reclamos por reclamo del usuario de servicios de telecomunicaciones -----	75
2.5.1. Primera instancia: La empresa operadora realizara el trámite en primera instancia bajo los siguientes plazos-----	75
2.5.2. Segunda instancia: La apelación será analizada por el tribunal administrativo de solución de reclamos a usuarios- TRASU, instancia administrativa final -----	78
CAPÍTULO III	
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA OFRECER Y PRODUCIR PRUEBAS DENTRO DEL RECLAMO POR DESCONOCIMIENTO DE TITULARIDAD -----	82
3.1. El principio de gratuidad en procedimiento administrativo-----	82
3.2. Decisiones o fallos provistos por OSIPTEL, respecto a la prueba pericial como garantía al acceso de la justicia administrativa y fallos de la Corte Superior de Justicia a propósito de los casos suplantación de identidad-----	84
3.3. La carga de la prueba en el procedimiento administrativo-----	94
3.3.1. La carga de la prueba en un procedimiento administrativo-----	94
3.3.1.1. La aplicación del principio de impulso de oficio-----	95
3.3.1.2. La oficialidad de la prueba-----	96
3.4. El principio de verdad material -----	97
3.5. La arbitrariedad del principio solve et repete frente a los gastos de actuaciones probatorias del administrado-----	98
3.6. La eliminación del costo de la prueba pericial como garantía de acceso a una efectiva tutela de derechos de los servicios en telecomunicaciones -----	102
CONCLUSIONES-----	109
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS-----	111
ANEXOS -----	121

TABLA DE ABREVIATURAS

AAL.:	Administraciones Autónomas Locales
DL.:	Decreto Legislativo
DS.:	Decreto Supremo
LRCA.:	Leyes de la libre Competencia
LPAG.:	Ley de Procedimiento Administrativo General 27444
ORS.:	Organismos Reguladores
OSIPTEL.:	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones
SP.:	Servicios Públicos
STC.:	Sentencias del Tribunal Constitucional
TRASU.:	Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios en Telecomunicaciones.

GLOSARIO

NORMAS ANTITRUST: Es la rama del derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios.

SOLVE ET REPETE : Se entiende al instituto legal en virtud del cual se establece una restricción a la revisión tanto judicial como administrativa –de actos administrativos emanados del ejercicio de funciones públicas, restricción que además exige el deber de pagar previamente una suma de dinero establecida en la legislación y fijada en el acto administrativo cuestionado, para el acceso a dicha revisión

INTRODUCCIÓN

Este tema cobra relevancia jurídica, porque en la actualidad se ven reflejados casos de contrataciones fraudulentas en los servicios públicos de telecomunicaciones; esto es servicios que se contratan a nombre de terceras personas, y que las perjudica económicamente (deudas por servicios) y jurídicamente (delito de extorsión, estafas, fraude), presentándose, así ilícitamente la figura de la suplantación y esto debido, a que muchas veces la empresa privada que gestiona el servicio público de telecomunicaciones,¹ no toma las medidas de seguridad para identificar al verdadero titular del servicio; la Corte Superior de Justicia a través de la casación N° 905-2008,² se ha pronunciado en estos casos similares en donde reconoce que los poderes públicos muchas veces demuestran conductas arbitrarias. Pues, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), en lugar de proponer que se adopten los medios de seguridad adecuados a fin de establecer si efectivamente las empresas concesionaria ha investigado el aparente fraude del que ha sido objeto junto al administrado; ha preferido ampararse en una cuestión de competencia; dejando de lado los principios que rigen el derecho administrativo, como el principio de verdad material, en salvaguarda de los derechos de los administrados; por ello después la empresa concesionaria tuvo que hacer las debidas investigaciones del caso del tema de litis demostrando esta última que sí se trataría de un caso de suplantación de identidad realizada por terceros, por lo que ordenaron el retiro de la línea telefónica y la anulación de la factura correspondiente.

A su vez, el derecho a ofrecer y producir pruebas, tiene estrecha relación con los principios del derecho administrativo de impulso de oficio y verdad Material,

¹ DANOS ORDOÑEZ, Jorge; *El régimen de los contratos estatales en el Perú. Las concesiones de servicios públicos*, Perú, 201, p169: "Son aquellas actividades calificadas legalmente como servicios públicos están reguladas por diversas leyes sectoriales que establecen el marco legal para el desarrollo de la respectiva actividad, así sucede en telecomunicaciones, electricidad o energía y saneamiento".

² Sentencia de la cuarta Sala especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima del 14 de diciembre de 2009 (Exp. 905-2008),p 2

regulados en la Ley del Procedimiento Administrativo General³, y en virtud de los cuales en el marco de un Procedimiento Administrativo, la actividad probatoria no es exclusiva de los administrados, sino que vincula también a la administración.

Para ello, a través de esta investigación, se tendrá que demostrar basándonos en el principio del debido procedimiento administrativo, si es necesario que la administración pública actúe, ofreciendo pruebas y produciendo pruebas y, así se pueda llegar a la verdad material.

Asimismo, esta problemática deberá buscar una solución a través de la incorporación de una norma en la cual, la administración deba soportar la carga económica en cuanto a los gastos de actuaciones probatorias del administrado ante casos de suplantación de identidad, respetando sobre todo el principio de gratuidad, garantía para el debido procedimiento administrativo, en cuanto al acceso a la tutela efectiva de sus derechos.

La investigación se divide en tres capítulos:

En el capítulo I: Se realiza un enfoque amplio sobre el marco legal que rige la actuación del Organismo Supervisor de Inversión Privada en las telecomunicaciones dentro del mercado de los servicios públicos de Telecomunicaciones de manera que permita centrarnos sobre las actividades que respectan al mismo, como su objetivo, funciones, y sus facultades.

En el capítulo II: Se explica como el administrado debe seguir las pautas de un debido procedimiento administrativo ciñéndose en la directiva de reclamos del organismo regulador de OSIPTEL, se tomarán en cuenta los principios administrativos en la directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de

³ Artículo III de la Ley N° 27444.- Finalidad. La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico general.

telecomunicaciones, como sus actuaciones de prueba para demostrar su verdad material.

En el capítulo III: Se realiza un análisis profundo a decisiones o fallos provistos por OSIPTEL, respecto a la prueba pericial como garantía al acceso de la justicia administrativa y fallos de la Corte Superior de Justicia a propósito de los casos suplantación de identidad, como su eliminación del costo de la prueba pericial como garantía de acceso a una efectiva tutela de derechos de los servicios en telecomunicaciones.

CAPÍTULO I:

DEL MARCO LEGAL QUE RIGE LA ACTUACIÓN DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN LAS TELECOMUNICACIONES EN EL MERCADO DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

En este capítulo se desarrolla desde un marco legal de la actuación del OSIPTEL, de manera que permita comprender cuál es su objetivo primordial dentro del mercado de las telecomunicaciones, como sus funciones y facultades, para tenerlos en claro en este tema de investigación.

1.1. El organismo supervisor de inversión privada en las telecomunicaciones

El organismo supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones, es un organismo público especializado, regulador y descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que cuenta con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera y que tiene por misión regular el servicio de telecomunicaciones en los diferentes aspectos, relacionados con los usuarios, con el prestador del servicio, con el Estado y con las características y condiciones del servicio mismo.

“Con ocasión de la privatización de los servicios públicos de telecomunicaciones se dieron cambios en la regulación, uno de los cuales fue la creación de OSIPTEL como organismo regulador del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones”.⁴

El Estado tiene un deber constitucional de protección a los intereses de los consumidores y usuarios, el cual se desarrolla en el conjunto de marcos regulatorios, tal como sucede con los usuarios del sector de telecomunicaciones.

⁴ TOVAR MENA, Teresa. *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*, Lima, Ara Editores E.I.R.L., 2006, p. 64.

“En tal sentido, según el Presidente del comité especial de privatización de las acciones del Estado en el sector telecomunicaciones, la venta al consorcio liderado por Telefónica de España de las acciones de ENTEL Perú y Compañía Peruana de Teléfonos S.A., no era solo una venta sino parte de un proceso profundo y radical de modificación, de reestructuración del sector de telecomunicaciones”.⁵

“El OSIPTEL se rige por la Ley N° 27332, Ley marco de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos. Esta ley le ha otorgado diferentes potestades a este organismo, además de las establecidas sectorialmente en su norma de creación y en normas especiales.”⁶

Asimismo, señala entre los principales objetivos del proceso de reestructuración y privatización:

“Modificación del marco regulatorio, pasando el Estado de prestador de servicios a regulador de los mismos (...) la ley vigente entonces prohibía las inversiones privadas. Simplemente estaba planteada en una mecánica totalmente distinta. El cambio absoluto, total y radical del marco regulatorio fue un prerequisite necesario.

- Creación e implementación del órgano regulador que asuma este nuevo rol del estado. Se creó e implemento OSIPTEL, del cual se ha indicado

⁵ TOVAR GIL, Javier. *Discurso de Inauguración del Seminario. Las Telecomunicaciones y su impacto en el Desarrollo del País- A cinco años de la reestructuración del mercado*, Lima, Swisotel, 1999,pg. 75.

⁶ Mediante la **Ley N° 26285** se dispuso la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia, otorgándose funciones específicas al Osiptel. La Ley N° 27336 reforzó las funciones y facultades del osiptel, principalmente, para el ejercicio de sus funciones supervisoras y sancionadoras. Algunas leyes especiales, le han otorgado competencias específicas sobre determinados temas al Osiptel:

la Ley N° 28999, Ley de Portabilidad Numérica de los servicios Móviles le otorga competencia al Osiptel sobre portabilidad numérica en los servicios móviles.

El Decreto Legislativo N°1021 le otorga la facultad al Ositel de establecer obligaciones normativas respecto del acceso a los elementos de red de manera desagregada.

El decreto legislativo N°1019 le otorga la facultad al Osiptel en materia de acceso a la infraestructura de los proveedores importantes de servicios públicos de telecomunicaciones.

El Osiptel se encuentra facultado para la aplicación de los Decretos Legislativos N° 1034 y 1044, relativos a la represión de las conductas anticompetitivas de la competencia desleal. Obtenido de VIGNOLO, Orlando. *Teoría de los Servicios Públicos*, Perú, editora jurídica Grijley, 2009.pgs263-265.

que diseñó el nuevo perfil del sector. En esta norma se abandona el modelo de la empresa estatal como proveedora exclusiva de los servicios de telecomunicaciones, y se concede un papel protagónico a la inversión privada y a la competencia como mecanismos más eficientes para el desarrollo del sector.

La creación de los organismos reguladores desde el punto de vista cronológico, respondió a la necesidad de acompañar la secuencia de los procesos de privatización y de concesiones encargados de la provisión de servicios públicos e infraestructura. A lo largo de su funcionamiento estas entidades han ido cambiando de dependencia o adscripción, como consecuencia de interpretaciones diversas en cuanto a su esencia y diseño institucional.

La regulación para ser eficiente debe estar lo más alejada posible de las interferencias políticas o de las de índole empresarial, lo cual no se ponderó en su real dimensión, evidenciándose en las normas que dieron vida a estas entidades, riesgos de politización y de captura. Siendo un caso extremo de padrinazgo político, el de OSIPTEL cuando se crea dependía del Presidente de la República. Luego los reguladores estuvieron adscritos a sus sectores, al Ministerio de Economía y Finanzas, al Ministerio de la Presidencia (hoy extinto) y regresado a la Presidencia del Consejo de Ministros, donde en algún momento también estuvieron⁷

Al mismo tiempo, el Estado conserva la función reguladora, y la encomienda a un ente especializado que denomina Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).

Ahora bien, el OSIPTEL, en su calidad de organismo regulador de los servicios públicos de telecomunicaciones, es una entidad pública netamente técnica y especializada que participa regulando un mercado dinámico y permanentemente cambiante.⁸

⁷ *Ibídem*

⁸ LANDA CHAPARRO, Consuelo. *Servicio Público "órgano Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones*, 2013. [ubicado el 17- VI- 2015] Obtenido en: <https://es.slideshare.net/consuelo0410/trabajo3-servicio-osiptel?related=2>

Es así como OSIPTEL aparece en el marco regulador, en busca de garantizar un ordenamiento legal apropiado para atraer la inversión privada y mejorar la cobertura y la calidad de los servicios, a la vez que protege los derechos de los usuarios.

Se creó, pues, una nueva estructura que respondiera a las necesidades de promoción de la inversión y liberalización del mercado.

Esto implicó el cambio del marco regulatorio del sector, y la creación de OSIPTEL, que asumiría las nuevas funciones del estado, que dejó de ser empresario y traslado la prestación de tales servicios al sector privado.

Diseño el nuevo perfil del sector. En esta norma se abandona el modelo de la empresa estatal como proveedora exclusiva de los servicios de telecomunicaciones, y se concede un papel protagónico a la inversión privada

El ámbito de aplicación de organismo es el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones; un mercado que presenta fallas de mercado que presenta fallas de mercado y características especiales como: asimetría en la información entre el Estado y el concesionario y entre este y los consumidores, externalidades, poder de mercado, economías de escala y su -actividad de costos, importantes costos hundidos en el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones, convergencia e innovación tecnológica. Estas características justifican la existencia de una regulación económica.

Así pues, “la actuación del OSIPTEL en el mercado de los servicios públicos se manifestará en el concepto de regulación económica, la cual es una técnica de intervención administrativa que Diego Zegarra la califica de regulación Administrativa. Éste autor define a la regulación como el conjunto de técnicas de intervención pública en el mercado y que supone una intervención continua de los poderes públicos respecto de la actividad y el comportamiento de las empresas”.⁹

⁹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *Marco Institucional de las telecomunicaciones en el Perú*, Perú, Editorial Palestra, 2005, pg. 191. obtenido de VIGNOLO, Orlando. *Teoría de los Servicios Públicos*, Perú, editora jurídica Grijley, 2009.pg 264

La actuación del OSIPTEL recae sobre aquellos que participan en este mercado, entre los cuales se encuentran las empresas operadoras, es decir aquellas personas naturales o jurídicas que son concesionarias o cuentan con registro para prestar servicios públicos de telecomunicaciones; las empresas comercializadoras, aquellas que comercializan tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones; los abonados, aquella persona natural o jurídica que ha contratado la prestación de un servicio público de telecomunicaciones; y los usuarios, aquellas personas naturales o jurídicas que hacen uso de los servicios públicos de telecomunicaciones.¹⁰

1.2. Naturaleza Jurídica

La posibilidad de establecer la naturaleza jurídica propia de una entidad de regulación, pasa por tener presente que su creación supone la consecución de un nuevo título de legitimación de la acción de los poderes públicos en ámbitos especialmente sensibles, como es el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú.

Por ello en el Artículo 3º se refiere que la “Naturaleza del OSIPTEL es el organismo público especializado, regulador y descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de Derecho Público, patrimonio propio y autonomía técnica, administrativa, económica y financiera, que ejerce las funciones, competencias y facultades contempladas en su reglamento general y demás normas aplicables. Tiene su domicilio legal en la provincia y ciudad de Lima. Asimismo, tiene Oficinas Desconcentradas en las diferentes ciudades del país. Su titular es el Presidente del Consejo Directivo.”¹¹

Sobre la base de esta premisa, consideramos necesario hacer referencia para marcar algunas diferencias y similitudes con respecto a lo que sucede en Estados Unidos, Francia o España, a que en el Perú, los Organismos

¹⁰ *Ibíd*em

¹¹ Organismo Supervisor De Inversión Privada En Telecomunicaciones - *Osiptel Reglamento De Organización Y Funciones-Rof 2015 [15 VI 2015]*Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2010/diciembre/03/DS-104-2010-PCM.pdf>

Reguladores (ORS) en general y el OSIPTEL en particular, actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada servicio público, peor además de aquella derivada de los respectivos contratos de concesión, es decir, aquellos que son suscritos por el Estado peruano con los operadores para poder acceder a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Para Danos Ordoñez,¹² “De acuerdo con lo señalado, la principal función de este tipo de entidades administrativas, dentro de las que se encuentra el OSIPTEL, es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por dichos operadores y de los compromisos contraídos en los referidos contratos de concesión; asimismo, ejercen potestades de regulación, principalmente, en materia de determinación de tarifas, promoción de la competencia en los mercados, determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de redes; pero para lo cual, concurren con los Ministerios de los respectivos sectores en el ejercicio de la fundación normativa, ya que también les corresponde dictar normas que inciden de manera decisiva sobre la prestación de los respectivos servicios públicos”.

1.2.1. Aspectos organizativos

A. Autonomía orgánica

Esto significa que estamos frente a una entidad administrativa con autonomía orgánica, o lo que es lo mismo, funcionalmente descentralizada; es decir, esta fuera del sistema jerárquico de la administración centralizada y al tener personalidad jurídica propia, se convierte en un centro de imputación de derechos y obligaciones distintos de la administración general, lo que hace posible que se le aplique un derecho singular creado específicamente, en lugar del derecho administrativo general.

¹² DANOS ORDOÑEZ, Jorge; *El régimen de los contratos estatales en el Perú. Las concesiones de servicios públicos*, Perú, 2011,pg 10: “

Por ende, OSIPTEL, tiene la calidad de autoridad administrativa, pues, tiene atribuidos el ejercicio de potestades públicas de regulación y de producción de actos que inciden en la esfera de los particulares.

De lo dicho, puede apreciarse la similitud de OSIPTEL con las entidades de este tipo en Norteamérica y España, y la distinción en lo formal con las Administraciones Autónomas Locales (AAL) francesas, que si bien carecen de personería jurídica propia (son parte integrante del Estado, son creados por iniciativa pública y estar financiados con fondos públicos) y pertenecen a un esquema de Administración centralizada y jerarquizada, han sido igualmente concebidos como no subordinados, ni al Poder ejecutivo, ni como prolongación del poder legislativo, ni autoridad judicial y que son dotados de poderes que les permiten ejercer de forma autónoma una misión de regulación sectorial.¹³

Esto último, significa que la entidad reguladora no haya sido dotada de personalidad jurídica no genera diferencias o consecuencias en términos de la autonomía o la independencia del ente regulador, porque, siendo verdad que a la personalidad jurídica garantiza per sé una cierta independencia de la administración estatal, es también cierto que la autonomía depende del poder efectivamente atribuido a aquellos entes privados de personalidad jurídica.

Lo que no debe dejar de referirse es que, en su nacimiento, OSIPTEL fue creado como un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República y que luego pasó a estar adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas.

Además que de acuerdo con nuestro actual diseño constitucional, este tipo de entidades no pueden depender directamente del Presidente de la República, porque se requiere que toda entidad del poder ejecutivo este adscrita a un ministerio, para que su titular sea el responsable político ante el congreso, de ahí que OSIPTEL se encuentre adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, lo que a su vez denota la importancia que se les asigna en la estructura de la Administración Pública.¹⁴

¹³ Ibídem

¹⁴ DANOS ORDOÑEZ, J., Ob. cit., pag. 3

Lo que debe quedar claro en el tipo de administración que OSIPTEL representa, es que su naturaleza, como sostiene FERNANDEZ FARRERES¹⁵, “no supone una ruptura con la configuración constitucional que se le haya asignado al Gobierno ya la Administración y de sus relaciones (...), pues aun cuando se rectifica la tradicional vinculación jerárquica, ello no determina una desvinculación plena y absoluta inconciliable con las reglas constitucionales.

B. Consejo directivo

a) Composición y designación de miembros

El consejo Directivo es el órgano máximo del OSIPTEL, está a cargo del establecimiento de las políticas y la dirección del organismo, y ejerce de forma exclusiva la función reguladora y la función normativa dentro del ámbito de competencia que se le ha asignado.¹⁶

El Consejo Directivo del OSIPTEL, está conformado por 5 miembros cuya designación formal la realiza el Presidente de la Republica vía resolución suprema con el refrendo del Presidente del Consejo de ministros, del Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro de Transportes y Comunicaciones.

En todos los países se ha limitado o condicionado la participación de gobierno en la elección de los miembros que conforman el núcleo central en la entidad de regulación; así, a diferencia de lo que sucede en el Perú, en Estados Unidos, los miembros (commissioners) de la Federal Communications Commission luego de ser elegidos por el Presidente, su designación se sujeta a la ratificación del Senado.

La composición de dicho órgano, es de carácter plural, dos de sus miembros son propuestos por la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales presidirá el órgano y el otro deberá ser representante de la sociedad civil, un miembro es propuesto por el Ministerio del sector en este caso por el Ministerio

¹⁵ FERNANDEZ FARRERES,G.” Licencias individuales. Artículos 15 a21”, E.GARCIA DE ENTERRIA y t.DE LA QUADRA (Coords), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Madrid, Ed.civitas, 1999.

¹⁶ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Marco Institucional de las telecomunicaciones en el Perú*, Perú, Editorial Palestra, 2005, pg. 191. obtenido de VIGNOLO, Orlando. *Teoría de los Servicios Públicos*, Perú, editora jurídica Grijley, 2009.pg.240.

de transportes y Comunicaciones, un miembro es propuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas, y un miembro es propuesto por el Instituto de defensa de la competencia y de la Propiedad intelectual.

Como se puede apreciar, en la designación de los miembros del consejo directivo participan diversos sectores del Poder Ejecutivo vinculados con la actividad de OSIPTEL, lo cual representa un cambio con respecto a la legislación de creación de esta entidad de regulación, ya que hasta antes de la modificación introducida por la Ley 27010 y posteriormente con la Ley 27332, participaban en la designación de Consejo, un representante de los usuarios de servicios de telecomunicaciones finales de carácter público”, un representante designado por empresas por empresas concesionarias de tele servicios o servicios finales”, lo que significaba una contradicción con uno de los principios básicos de creación de este tipo de entidades como es el de la necesaria separación entre regulador y prestador de servicios, así como una posible afectación de las cualidades de neutralidad e independencia que deben reflejar en su actividad.

En lo que respecta a la selección de las personas que “serán designados miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL, debe realizarse a través de un procedimiento que garantice la posibilidad de que “por *lo menos*” los interesados tomen conocimiento de las candidaturas existentes. A pesar de la generalidad del dispositivo, el mismo ha sido interpretado por la Presidencia del Consejo de ministros buscando la mayor y transparencia, al haberse difundido la relación de postulantes en la última elección de Presidentes de Consejos Directivos de los distintos ORS por diversos medios (publicaciones y páginas web), lo que hizo posible además obtener información respecto de los mismos.”¹⁷

También es necesario incorporar la precisión que realiza el artículo 5.1 del decreto Supremo N° 032-2001-PCM, según la cual, el cambio de los titulares de los Ministerios que participan en la expedición de la resolución suprema de nombramiento de miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL, así como de los otros ORS, no genera en estos la obligación de formular renuncia a su cargo,

¹⁷ ZEGARRA VALDIVIA, Diego, Ob.cit., pag.3

lo que sustenta en que” no tienen la calidad de “representantes “o mandatarios de entidad o funcionario alguna, lo cual contribuye a garantizar la autonomía de los mismos.

b) Duración del mandato y vacancia

La ley 27332 omitió establecer el plazo por el que eran designados los integrantes del Consejo Directivo, vacío que fue llenado posteriormente por el artículo 3 del Decreto Supremo N 032-2001-PCM, de 28 de marzo de 2001, norma que reglamento la Ley marco, y luego por la Ley 28337, de 23 de julio de 2004, que incorporo dicha disposición en el artículo 6 de la Ley marco, en la que se precisa que el plazo de designación es de 5 años y que se efectuara anualmente, lo que hace posible la renovación de un miembro cada año.

En lo que respecta al periodo de duración del cargo como miembros del consejo Directivo del OSIPTEL, inicialmente no fue previsto en la Ley 27332, lo que seguía con la lógica de renovación anual que se había normado, y que garantizaba que el ejecutivo en funciones no tuviera personas afines a sus políticas copando dicho órgano. Sin embargo, en la última modificación realizada a la Ley marco a través de la Ley 28337, se dispuso que los miembros del Consejo Directivo pudieran ser designados por un periodo consecutivo, dato este que no supone una garantía de independencia, sino lo contrario.

En lo que respecta a la posibilidad de remoción de los miembros del Consejo directivo del OSIPTEL, la normativa peruana ha dispuesto una serie de causales tasadas. Lo cual es importante desde el punto de vista de la independencia de la entidad, si se tiene en cuenta la forma de nombramiento. Dentro de dichas causales se incluye la remoción por falta grave para declarar la vacancia del cargo.

En caso opere la vacancia por causal de remoción por falta grave, esta tiene como requisito formal el que sea mediante resolución suprema como idénticos requisitos para la designación del (refrendo ministerial), ahora bien, como requisito material la resolución tendrá que ser motivada y que solo podrá producirse “*en casos de falta grave comprobada y fundamentada*” y como

garantía procedimental que se realice una previa investigación para presentar sus descargos dentro de un plazo de 15 días con lo cual se estaría reduciendo los niveles de discrecionalidad.

Además, se ha previsto un mecanismo de control a la expedición de la Resolución de remoción que ha reforzado la autonomía de la entidad reguladora, ya que ha reforzado la autonomía de la entidad reguladora¹⁸, ya que el Presidente del Consejo de Ministros debe informar, dentro de un plazo de 10 días de expedida la resolución, de las razones que motivaron dicha decisión.

c) Requisitos de elegibilidad y causas de incompatibilidad

En relación a los requisitos que se exigen a quienes van ser miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL, se ha dispuesto que los mismos deban ser profesionales con no menos de 5 años de ejercicio y cuenten “con reconocida solvencia e idoneidad profesional”, lo cual tendrá que ser probado acreditando no menos de 5 años de experiencia en un cargo gerencial o grado académico a nivel de maestría.¹⁹

La indeterminación del concepto “ personas de reconocida solvencia e idoneidad profesional”- que se repita en las distintas legislaciones, y la practica habida hasta el momento, nos hacen pensar en que es un “lugar común” que las designaciones de los miembros de los Consejos Directivos de las entidades reguladoras se realizan más por afinidad ideológica que por competencia profesional. Ello, independientemente a que se hayan incluido formulas probatorias a través de las cuales se refrende la capacidad profesional de la persona que será designada y que consideramos no aportan una mayor solución a este tema.

1.2.2. Aspectos funcionales

Uno de los aspectos que tiene mayor discusión en la doctrina con respecto a la determinación de la naturaleza de las entidades de regulación es el referido a

¹⁸ VIRGALA FORURIA, E. La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red, Madrid, Ed. Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2004.pg56

¹⁹ Artículo 6 del Decreto Supremo N°032-2001-PCM

la autonomía funcional, es decir, al sentido y extensión que tiene la neutralidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones.

Como bien, sostiene BETANCOR²⁰, el punto de partida para conceptualizar a las entidades de regulación puede situarse en el hecho que las mismas “respondan a las características fundamentales: la independencia y la neutralidad; la independencia del Gobierno y la neutralidad política de su gestión”, siendo la primera, una característica estructural que sirve de garantía a la segunda, la cual es de índole funcional.

Ya SALA ARQUER, había adelantado dentro de la doctrina un trabajo concerniente a ambas características de las administraciones independientes; así: el autor, realiza una exposición sobre la teoría de la neutralidad como ensayo de explicación de las Administraciones independientes, para lo cual se sirve de las tesis de Carl SCHMITT y de FICHTMULLER²¹, extrayendo dos ideas importantes: neutralidad e independencia, las que estudiaremos a continuación como parte de los aspectos funcionales de los ORS.

A. Neutralidad

La primera, vinculada a que la neutralidad a la que se hace referencia está situada en el ámbito del ejecutivo, es decir la neutralidad en la esfera política, en el ámbito en el que se adoptan decisiones de carácter político- y no jurisdiccional o institucional-, apoyada sobre las bases del despliegue de especiales conocimientos (o neutralidad del experto) y , la concurrencia de grupos políticos opuestos en una situación de paridad; y, la segunda, que tiene que ver con la independencia, de acuerdo con la cual, la posición jurídica de las administraciones independientes va a quedar definida por una tensión y dirección del Gobierno, y principios destinados a salvaguardar la unidad de la acción del Estado, resolviendo el problema en determinar hasta dónde puede

²⁰ BENTACOR RODRIGUEZ, A, *Las Administraciones independientes*, Madrid, Ed.tecnos,1994.p 58

²¹ SCHIMITT: *Der huter der Verfassung*,Tubingen,1931,pg citado por ZEGARRA VALDIVIA, Diego, p 248

llegar esa influencia gubernamental sin desnaturalizar el carácter propio de estos organismos.

Como principio general, el OSIPTEL desarrolla su actividad de forma independiente en la medida que el Ejecutivo y el Ministerio del sector ejerzan sobre ella, las facultades que les correspondan de acuerdo con la normativa especifican de manera que respete sus correspondientes ámbitos de autonomía.

Sin embargo, el caso de los Organismos Reguladores (ORS), en materia de telecomunicaciones es probablemente el más complejo y que más arista presenta en lo que es su autonomía e independencia funcional, con respecto al ejercicio de sus funciones.

Si bien, de acuerdo con su reglamento general OSIPTEL, tiene como objetivo “regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento de mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadores, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de estas con los usuarios (...), debe señalarse, que para alcanzar dicho objetivo general no puede desvincularse estructuralmente de las competencia asignadas al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, este tiene, entre otras la atribución de fijar la política del sector de telecomunicaciones, elaborar y proponer la normativa y expedir resoluciones de asuntos del sector, otorgar concesiones y los diversos títulos habilitantes para prestación de actividades de telecomunicaciones y controlan su correcta utilización.

Esto significa, innegablemente, que hay una serie de “competencias compartidas”, ya que la legislación no le reconoce al OSIPTEL competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones. Como consecuencia de estos “espacios comunes” se requiere establecer niveles de coordinación de manera que la política general del sector no se vea afectada por la acción del OSIPTEL,

o los objetivos del regulador no se vean mediatizados por la acción del Ministerio.²²

B. Independencia

El planteamiento que precede, incorpora en el análisis uno de los elementos que la doctrina califica como uno de los elementos definatorios de las entidades de regulación, es decir, la independencia de órdenes e instrucciones del Gobierno, lo que bien puede distinguir lo que significa establecer niveles de coordinación.

En el caso del OSIPTEL, el legislador ha sido claro al establecer como principio de acción” de dicha entidad, que *“no se encuentra sujeto en su actuación función al mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del estado”* es decir, se establece expresamente la prohibición que se le impongan órdenes e instrucciones en su actuación. La doctrina es mayoritaria con respecto a este elemento caracterizador, sin embargo, alguno considera que el Gobierno mantiene la facultad de impartir directrices, es decir actos menos intensos que las ordenes, pero respecto de los cuales la entidad reguladora puede separarse” por la vinculación más fuerte a la función legal que tiene encomendada”²³

Al respecto, frente a lo que podría representar una directriz del Gobierno, el legislador peruano ha extremado las preocupaciones con respecto a la autonomía funcional del OSIPTEL, al disponer que el accionar de la entidad se “sujetara estrictamente a las normas legales aplicables y a estudios técnicos debidamente sustentados”, lo que concuerda con lo que señala la doctrina respecto a que “una administración será tanto , las independiente cuando menos capacidad atribuyan las normas a la administración gubernativa para determinar o dirigir directamente el ejercicio de sus competencias mediante instrumentos no normativos.

²² Al respecto, el artículo 38 del Decreto Suprema N° 008-2001-PCM es un ámbitos de coordinación establecidos en la normativa entre el OSITEL y el Ministerio de Transportes y comunicaciones en lo que a la celebración y / o renovación de cualquier contrato de concesiones referido a la prestación de servicios portadores o servicios finales públicos respecta.

²³ MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, Madrid, Ed.INAP-MAP, 2000.p 25

Lo dicho hasta aquí nos muestra que, de forma independiente a no estar sujeto a mandato imperativo, el OSIPTEL se encuentra subordinado al Gobierno, al ser este el órgano indirectamente representativo, titular de las funciones ejecutivas y administrativas, de ahí que, como sostiene SANCHEZ RODRIGUEZ, la independencia no sea total sino que existe una gradación de la independencia (o la autonomía administrativa pero no la política), porque las Administraciones se definen precisamente por ser poderes de gestión independiente limitada.²⁴

C. Régimen de sus decisiones

Finalmente, la calidad que tienen los actos administrativos que expide el OSIPTEL con respecto a si los mismos agotan la vía administrativa o si son vinculantes, es también considerada como uno de los elementos que definen la autonomía funcional de la entidad reguladora.

Al respecto, debemos señalar que ambos aspectos han sido “cubiertos” en el marco jurídico que le es aplicable a la entidad reguladora de las telecomunicaciones en el Perú, ya que se ha establecido que aquellas resoluciones que deriven del ejercicio de su función de solución de controversias constituyen última instancia administrativa, además son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente en materia administrativa. Tampoco es posible que sus resoluciones puedan ser objeto de declaratoria de nulidad de oficio por las mismas razones.

De esta manera, se ha garantizado que respecto de lo resuelto por el OSIPTEL no haya ninguna otra instancia administrativa y que la vía para recurrir es el proceso contencioso administrativo. Asimismo, se ha reforzado la ejecutabilidad de sus resoluciones al establecer expresamente la obligatoriedad de su cumplimiento.²⁵

²⁴ Ibidem p 26

²⁵ Artículo 2108 del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

1.3. El objeto y las funciones del OSIPTEL en materia de la libre competencia

1.3.1. Objeto

Luego de analizar la naturaleza jurídica de la entidad reguladora de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú, lo que corresponde ahora es estudiar el objeto del OSIPTEL, así como las funciones que su marco jurídico le ha atribuido.²⁶

1.3.2. Funciones de OSIPTEL

OSIPTEL es probablemente el más complejo y que más aristas presenta para su análisis.

“De conformidad con el artículo 18º de su Reglamento General tiene por objetivo general: "regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios, garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones", tareas que como se puede apreciar son las usuales de un organismo regulador”²⁷

Las funciones de OSIPTEL fueron ampliadas y precisadas en normas posteriores, entre las cuales se encuentran la ley de telecomunicaciones, cuyo texto único ordenado fue aprobado por DS N° 013-93- TC, que también regula las cuatro clases de servicios de telecomunicaciones. Otras normas son la Ley N° 26285 y la Ley N° 27332 , en virtud del artículo 2 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Por ello a OSIPTEL se le ha encargado la labor de hacer cumplir las normas de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Esto implica que

²⁶ ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *Marco Institucional de las telecomunicaciones en el Perú*, Perú, Editorial Palestra, 2005, p 252

²⁷ OSIPTEL. *Las Telecomunicaciones en el Perú: Mercado de Servicios Públicos de Telecomunicaciones*, OSIPTEL, Mayo 2004.p2

tiene la función de prevenir que se presenten prácticas anticompetitivas en dicho mercado que pudieran atentar contra el bienestar de los consumidores, tanto en el corto como en el largo plazo y sancionarlas en el caso de detectarlas.²⁸

En ese sentido, para cumplir con su función, OSIPTEL, puede adoptar medidas dirigidas a prevenir el desarrollo de conductas que afecte (ilícitamente) a los competidores perjudicando a los consumidores (control de tarifas, estándares de calidad, obligaciones de interconexión, etc). Estas medidas o conjunto de reglas establecidas normativamente componen el marco regulatorio al cual deben sujetarse las empresas que intervengan en el mercado de las telecomunicaciones.

Adicionalmente, OSIPTEL, puede adoptar decisiones orientadas a sancionar (ex post) conductas consideradas anticompetitivas (concertaciones entre competidores, negativas injustificadas a contratar, cláusula de atadura, precios predatorios, etc). Estas decisiones se enmarcan dentro de la tradición de las legislaciones antimonopolio o “antitrust” aplicadas al mercado de las telecomunicaciones.

Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica. Tanto la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo N° 701, como los artículos pertinentes a las normas de libre competencia de la ley de Telecomunicaciones, cuyo texto único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93- TCC, tienen como punto de partida la existencia de un mercado abierto, en el que la libertad de acción y elección del proveedor y del consumidor son la regla.

Al ser competencia exclusiva de OSIPTEL las funciones indicadas que ninguna otra entidad puede establecer normas que, por ejemplo, regulen las tarifas de

²⁸ ESTUDIO EXEGETICO DEL D.L.701. *Tratado de Defensa de la libre Competencia*, Perú, pinkas Flint, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.p 25

las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones, ni podrá supervisarla competencia entre tales empresas.²⁹

Por ello, vemos que con relación a las funciones, el marco jurídico del OSIPTEL, le ha atribuido las funciones de supervisión, regulación, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios, las que, como puede apreciarse, “están estrechamente vinculadas con el objeto de la entidad reguladora, de ahí que sea necesario que las estudiemos con mayor amplitud en los apartados siguientes (...)”³⁰

En síntesis, se puede decir que, en nuestro país, las entidades que regulan los servicios públicos están constituidas como organismo público descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de ministros, con personería jurídica de derecho público interno con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

²⁹ TOVAR MENA, Teresa. Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones ,Lima, Ara Editores E.I.R.L.,2006.pg 64

³⁰ los artículos 18°y 19° del reglamento General del Osiptel establecen los objetivos generales y específicos de este organismo:

“Artículo 18°.- objetivo general del Osiptel

el osiptel tiene por objetivo general, regular, normar, supervisar y fiscalizar ,dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de estas con los usuarios; garantizándola calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones”

“Artículo 19° Objetivos específicos del Osiptel

Dentro del marco del objetivo general, son objetivos específicos del Osiptel:

- a) Promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones.
- b) Garantizar el acceso universal a los servicios públicos de telecomunicaciones
- c) Garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones
- d) Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión
- e) Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios en el mercado de telecomunicaciones
- f) Establecer políticas adecuadas de protección para los usuarios, y velar por el acceso a los servicios con tarifas razonables
- g) Facilitar el desarrollo, modernización y explotación eficiente de los servicios de telecomunicaciones
- h) Los demás que establezcan las leyes y reglamentos pertinentes”

Según el artículo 3.1 de la Ley N° 273332-Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, son funciones de los organismo reguladores, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.³¹

1.3.2.1. Función normativa

El OSIPTEL establece reglamentos en cuanto a los temas necesarios para regular en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones como: sistemas tarifarios, procedimientos de reclamos, organización interna del OSIPTEL, proceso de aprobación de reglamentos, normas y regulaciones, lineamientos y criterios para la existencia de contabilidad separada en las empresas operadoras, lineamientos para la interconexión de servicios y redes, estándares de calidad y las condiciones de uso de los servicios que se encuentren bajo su competencia, relaciones entre las empresas comercializadoras y las empresas operadoras y, entre aquellas y los usuarios del servicio; en aquellos aspectos relativos a la comercialización de tráfico de telecomunicaciones y otros.

“OSIPTEL dicta de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados.”³²

“Esta función es ejercida por el Consejo directivo de manera exclusiva, a través de resoluciones debidamente sustentadas. Asimismo, es de naturaleza indelegable. Esta función comprende la atribución de OSIPTEL de dictar en el ámbito y materia de su competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas

³¹ LUNA RODRIGUEZ, Carlos Vladimir. “Las Políticas de competencia y la función regulatoria en los servicios públicos de telecomunicaciones”, *Actualidad Jurídica*, N° 163 junio 2007, pg. 128.

³² VIGNOLO, Orlando. *Teoría de los servicios Públicos*, Perú, grijley E.I.R.L, primera edición, 2009 pg 266

de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia o de los usuarios”.³³

Esta función la ejerce exclusivamente el Consejo Directivo, a través de la expedición de resoluciones debidamente sustentadas.

Por ello será OSIPTEL aquel órgano regulador capaz de ejercer de manera competente las funciones normativas que son necesarias para un orden en las Telecomunicaciones,³⁴

Cabe anotar que, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 27336, OSIPTEL se encuentra facultado para tipificar los hechos u omisiones que configuren infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones en el ámbito de su competencia.³⁵

Asimismo, el legislador peruano ha querido que el OSIPTEL pueda ejercer la función normativa de forma exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, a través de reglamentos y normas de carácter general. Cuando el Osiptel emite una norma como las condiciones de uso de los servicios públicos

a. Principales normas en materia de protección de los usuarios

La intervención del Estado en favor de los consumidores se justifica cuando la estructura de un mercado es tal que éstos se encuentran en una situación desfavorable con respecto a los productores o distribuidores. En el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los proveedores del servicio suelen estar organizados y manejan información a la cual los usuarios acceden

³³ TOVAR MENA, Teresa. *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*, Lima, Ara Editores E.I.R.L.,2006.pg 80

³⁴ ALVAREZ MORALES, shirley stephani. *Desarrollo de una propuesta de normativa para infraestructura de telecomunicaciones en edificios y viviendas*, Tesis el Título de Ingeniero de las Telecomunicaciones: Lima, Pontificia universidad católica del Perú, 2012.Disponible en http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1198/ALVAREZ_MORALES_SHIRLEY_PROPUESTA_NORMATIVA_INFRAESTRUCTURA_TELECOMUNICACIONES.pdf?sequence=1

³⁵ *Ibíd*em p 81

con dificultad, representando ello una ventaja para los primeros en la negociación de los términos del contrato frente a los segundos.

En contraparte, los usuarios suelen ser muchos y con características e intereses diversos, constituyendo ello obstáculos para su adecuada organización, a la vez de no estar familiarizados con los aspectos técnicos y las condiciones en las cuales se ofrece el servicio. Dichas situaciones colocan a los consumidores en desventaja respecto a los prestadores de los servicios y aumentan la posibilidad de que sus derechos sean vulnerados.³⁶

Estas razones justifican y hacen necesaria la intervención del Estado para proteger el derecho de quienes son considerados como 'parte débil' en la relación jurídica que origina la celebración del contrato de abonado. Frente a tal necesidad, constituye función y objetivo estratégico de OSIPTEL la implementación y desarrollo de políticas que permitan aumentar el nivel de conocimiento de los usuarios sobre sus derechos y deberes, así como cautelar el cumplimiento y respeto de los mismos.

Este objetivo es el complemento indispensable para la promoción de la competencia en el sector: mientras que la promoción de la competencia hace posible que exista mayores alternativas en el mercado que favorezcan al usuario, la política de protección al usuario permite que éste se encuentre en condiciones de elegir adecuadamente entre las alternativas disponibles.

Consecuentemente, corresponde a OSIPTEL las siguientes funciones en el ámbito de protección de los derechos de los usuarios: - Supervisar la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo las relaciones de las empresas operadoras con los usuarios; - Aprobar las condiciones de uso y las cláusulas generales de contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones; - Emitir directivas para la atención y solución de reclamos de usuarios; - Resolver en última instancia administrativa

³⁶ Resolución N° 007-97-CD/OSIPTEL, Marco Normativo de Protección de Derechos de Usuarios, 1998. Ubicado el: "[18.VI 2015]. obtenido en: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/Proteccion_de_los_derechos.pdf

los reclamos de los usuarios. - Informar y educar al usuario en el conocimiento y correcto ejercicio de sus derechos. Para cumplir con tales funciones, la actuación del regulador se rige por los principios de no discriminación entre usuarios, libertad de elección, acceso a la información, no discriminación en la atención y la cultura del derecho.³⁷

Los instrumentos utilizados para cumplir con estas funciones se conforman de: El establecimiento de un marco normativo apropiado que garantice los derechos y obligaciones esenciales tanto para el usuario como para el proveedor del servicio; La resolución de los reclamos entre usuarios y empresas, a través de un órgano técnico, imparcial y autónomo; La difusión de información, educación y orientación al usuario para que adopte decisiones de consumo más adecuadas a sus necesidades, preferencias y posibilidades; - La investigación dirigida a detectar los problemas que enfrentan los usuarios y evaluar el impacto de las medidas de regulación.

b. Condiciones de uso del texto único

Mediante resolución de consejo directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, este organismo dispuso la aprobación del texto único ordenado de las condiciones de uso de los servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante, condiciones de uso), las cuales establecen los derechos y obligaciones que corresponden a las empresas operadoras, abonados y usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, tanto al momento de la contratación del servicio, durante la provisión del mismo, así como al término de la relación contractual.

Que, en el ejercicio de la labor de protección a los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, “este organismo ha venido evaluando las prácticas que vienen desarrollándose en el mercado de estos servicios,

³⁷ Cfr. Resolución N° 007-97-CD/OSIPTEL, Marco Normativo de Protección de Derechos de Usuarios, 1998. https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/Proteccion_de_los_derechos.pdf p.3

recibiendo información acerca de estas conductas por el propio abonado o usuario,”³⁸ a través de las consultas y comentarios que se realizan a los servicios de información del OSIPTEL, de los reclamos que son conocidos por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), así como de las acciones de verificación y supervisión que este Organismo realiza a las empresas operadoras; encontrándose en gran medida, problemas de asimetría informativa en la relación abonado - empresa operadora que debe abordarse en el marco normativo de protección a usuarios.

Luego de la evaluación efectuada por el OSIPTEL, se ha advertido la necesidad de garantizar y reforzar el derecho de los usuarios a recibir información clara y completa, a efectos que estos tomen sus decisiones de consumo adecuadamente informados; así como, en otros casos, limitar algunas prácticas comerciales de las empresas operadoras que menoscaban o restringen los derechos de los usuarios, o cuando aquellas resultan perjudiciales a los intereses económicos de los que igualmente, en atención a las consultas realizadas por las empresas operadoras resulta importante precisar determinados aspectos regulados en las Condiciones de Uso, en lo que respecta a la contratación de los servicios suplementarios o adicionales.

Que, de otro lado, teniendo en consideración lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, mediante el cual se incorpora el Título I “Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en 3 el Perú” al Decreto Supremo N° 020-98-MTC, y siendo un objetivo del Estado promover la prestación de servicios en zonas rurales, se ha considerado necesaria la incorporación de disposiciones

³⁸ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 030-2009-CD/OSIPTEL. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, 26 DE JUNIO DEL 2009 [UBICADO EL 18.VI 2015]. OBTENIDO EN [HTTPS://WWW.OSIPTEL.GOB.PE/ARCHIVOS/NORMA/MARCONORMATUSUARIOS/RES0302009CDOSIPTEL.PDF](https://www.osiptel.gob.pe/archivos/norma/marconormatusuarios/res0302009cdosiptel.pdf)

normativas que permitan facilitar la prestación de estos servicios, considerando la realidad de dichas zonas.³⁹

En lo que corresponde al derecho de los usuarios a la libre elección, el artículo 73° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, establece expresamente que las empresas operadoras deben abstenerse de realizar prácticas que impidan o distorsionen el ejercicio de este derecho; asimismo, el artículo 247° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, faculta al OSIPTEL a establecer las disposiciones específicas que resulten necesarias para garantizar a los usuarios el ejercicio de su derecho a la libre elección.

c. Directiva de reclamos

De conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores De La Inversión Privada En Servicios Públicos, aprobada mediante Ley N° 27332 y modificada en parte por la Ley N° 27631, el OSIPTEL tiene la función normativa, que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos y normas que regulen los procedimientos a su cargo y otras de carácter general referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de usuarios, así como la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones.

“El inciso b) del artículo 25° del Reglamento General del OSIPTEL, establece que en ejercicio de la función normativa, OSIPTEL puede dictar reglamentos o disposiciones de carácter general referidos a reglas a las que están sujetos los

³⁹ Cfr. RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 030-2009-CD/OSIPTEL. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, 26 DE JUNIO DEL 2009 2009 [ubicado el 18.VI 2015]. Obtenido en <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res0302009CDOSIPTEL.pdf>

procesos que se sigan ante cualquiera de los órganos funcionales de OSIPTEL, incluyendo entre otros, los reglamentos que rigen el procedimiento de reclamos de usuarios”.⁴⁰

En ese sentido, dando cumplimiento a lo dispuesto en la normativa vigente, el OSIPTEL aprobó mediante Resolución de Consejo Directivo N° 015-99-CD/OSIPTEL, la directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante la directiva de reclamos), la misma que ha sido modificada en parte por las Resoluciones de Consejo Directivo N° 015-2002-CD/OSIPTEL, N° 044-2002-CD/OSIPTEL, N° 096-2003-CD/OSIPTEL, N° 030-2004-CD/OSIPTEL y N° 076-2005-CD/OSIPTEL. Asimismo, el artículo 44° del Reglamento General del OSIPTEL señala que este organismo es competente para tipificar infracciones y determinar las sanciones correspondientes, en materias de su competencia exclusiva.⁴¹

En consecuencia, teniendo en consideración las diversas obligaciones contenidas en las disposiciones de la directiva de reclamos, resulta necesario determinar en forma puntual los tipos de infracciones y las sanciones que serían aplicables a las empresas operadoras en caso de incumplimiento a las referidas normas, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27336, Ley de desarrollo de las funciones y facultades del OSIPTEL, y en las normas que sobre la materia emita el OSIPTEL. Así, en la presente norma se ha incorporado un nuevo título a la directiva de reclamos, en el cual se establece un régimen de Infracciones y sanciones. En dicho régimen se dispone que las infracciones a las obligaciones contenidas en la mencionada directiva sean calificadas como

⁴⁰ OSIPTEL. (05 de Diciembre de 2013). Directiva de reclamos, ubicado el 18.VI 2015]. Obtenido en, Obtenido de <http://www.osipte.gob.pe/InformaciónInstitucional/QuienSomos/Funciones>

⁴¹ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 006 -2012-CD/OSIPTEL. MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA QUE ESTABLECE LAS NORMAS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE ATENCION DE RECLAMOS DE USUARIOS, LIMA, 2012 [[ubicado el 18.VI 2015]. obtenido en <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/Res-006-2012-CD.pdf>

leves y graves, atendiendo a la afectación que dichas infracciones generan en los abonados y/o usuarios, en el marco de un procedimiento de reclamo.

Finalmente, siendo que en la presente norma se han determinado los tipos de infracciones y las sanciones que serían aplicables a las empresas operadoras en caso de incumplimiento a la directiva de reclamos, resulta pertinente se deroguen en forma expresa los artículos 47º y 49º del reglamento general de infracciones y sanciones, aprobado mediante resolución de consejo directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL y modificatorias.

1.3.2.2. Función reguladora

La función reguladora es la facultad que tiene OSIPTEL de fijar tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones. Es competencia del Consejo Directivo y se ejerce mediante resoluciones.

El reglamento reitera lo dispuesto por la Ley de telecomunicaciones, indicando que las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones son establecidas libremente por cada empresa operadora, de acuerdo con las condiciones de oferta y demanda en el mercado.⁴²

Sin perjuicio de ello, OSIPTEL podrá fijar diferentes modalidades de tarifas tope para determinados servicios, con excepción de los servicios de valor añadido. Las tarifas que establezcan las empresas operadoras.

OSIPTEL puede desregular las tarifas, si verifica condiciones de competencia efectiva entre las empresas operadoras, que garanticen una tarifa razonable en beneficio del usuario.

1.3.2.3. Función supervisora

Esta función le permite a OSIPTEL, verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras y demás personas o empresas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, le permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o

⁴² Cfr. ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES OSIPTEL obtenido en: [18.VI 2015] OBTENIDO EN: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2010/diciembre/03/DS-104-2010-PCM.pdf>

resolución emitida por el propio OSIPTEL o de cualquier obligación que se encuentre a cargo de las entidades supervisadas.

Corresponde a OSIPTEL supervisar, entre otro, la competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones por ello la función supervisora puede ser definida como una actividad de la administración, limitativa de la libertad de los administrados, mediante la cual se pretende garantizar que los sujetos privados, o públicos que actúan en régimen de derecho privado, que operan en determinado sector o desarrollan una actividad se ajusten en su actuación a lo establecido en la ordenación de dicho sector o actividad.

Sobre esta base se explica la definición de supervisión establecida en el reglamento general del OSIPTEL, como aquella que permite “(...) verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia”⁴³, asimismo, “permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSIPTEL o cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad”⁴⁴

1.3.2.4. Función fiscalizadora y sancionadora

La presente función permitirá explicar cómo se desarrolla en el procedimiento administrativo sancionador por parte de OSIPTEL por infracción al marco normativo de usuarios.

“La función fiscalizadora y sancionadora permite al OSIPTEL imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras por el incumplimiento a las condiciones de uso. Para el tema de investigación el órgano competente para el ejercicio de la función fiscalizadora y sancionadora es la Gerencia General del OSIPTEL”.⁴⁵

⁴³ Artículo 36 del Decreto Supremo N°008-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTEL.

⁴⁴ Al respecto, vid. el artículo 36 del decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTEL.

⁴⁵ VALLADARES RUGEL, Claudia Sarita. “Régimen sancionador en el sector de telecomunicaciones y cumplimiento del marco normativo de usuarios”, tesis para obtener el título profesional de abogado, Trujillo, Universidad Privada Antenor Orrego facultad de derecho y ciencias políticas, 2014. ubicado el [18.VI 2015]. Obtenido en Disponible en

Esta función puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte, generalmente son de oficio, cuando alguna área del OSIPTEL detecta una infracción a la normativa de usuarios, no teniendo ningún criterio específico de cómo llega a conocerse dicha infracción. El área que detecta una posible infracción informa a la Gerencia de fiscalización y supervisión por ser esta el órgano de instrucción. Posterior a lo indicado el órgano de instrucción le corresponde: Notificar por escrito al presunto infractor el inicio de procedimiento administrativo sancionador señalando: (a) los actos u omisiones que se imputan y que pudieran constituir infracciones; (b) las normas que prevén dichos actos u omisiones como infracciones administrativas; (c) la calificación de dichas infracciones administrativas; (d) el propósito del OSIPTEL de emitir las resoluciones que impongan sanciones; (e) el órgano competente para imponer las sanciones, así como la norma que atribuye tal competencia; y, (f) el plazo dentro del cual la Empresa Operadora podrá presentar sus descargos por escrito, el cual no podrá ser inferior a cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador.⁴⁶

El acto administrativo que establezca la sanción o la decisión de archivar el expediente será notificado a la Empresa Operadora; y, de ser el caso, a quien denunció la infracción. El órgano de resolución "Gerencia General" impondrá sanción, si las áreas antes de llegar al órgano de resolución consideran que no es posible de sanción el procedimiento se archiva.

En suma, el OSIPTEL está tomando en cuenta los actos de supervisión para ejercer su potestad sancionadora y por ende iniciar procedimiento sancionador por infracción al marco normativo de usuarios. Un aspecto importante es resaltar la no prescripción en las normas sobre los criterios para iniciar el procedimiento sancionador por infracción al marco normativo de usuarios

file:///C:/Users/ANGEL/Downloads/TESISREGIMEN_SANCIONADOR_VALLADARES_CLAUDIA-1.pdf

⁴⁶ ibídem

1.3.2.5. Función de solución de controversias de usuario

Recientemente con la privatización de empresas de servicios públicos y el inicio del proceso de otorgamiento de concesiones que se toma conciencia de la necesidad de establecer mecanismos ágiles y técnicos para la solución en sede administrativa de los posibles conflictos que se suscitan en dicho ámbito.

Prácticamente todos los organismos reguladores mencionados fueron creados otorgándoseles la potestad de solucionar los conflictos que pudieran generarse entre las empresas del sector y sus usuarios.

Dicha función pone en evidencia el cambio del rol del Estado que ha pasado de ser prestador, gestor directo de las actividades calificadas como servicios públicos para desarrollar más bien el papel de regulador de las condiciones de prestación del servicio a cargo de empresas concesionarias particulares, contando entre sus instrumentos de regulación la potestad de resolución de controversias entre los diversos agentes del sector y sus clientes.⁴⁷ En tal sentido, corresponde al ente regulador arbitrar entre intereses contrapuestos, es decir, articular los diferentes intereses de los prestadores con los de los clientes o usuarios a fin de armonizarlos con el interés público comprometido en la actividad de servicio público.

La Ley Marco de Organismos Reguladores ha diferenciado entre la función de resolver controversias que involucra principalmente a las empresas prestatarias con la función de resolución de reclamos de los usuarios.

Esta disposición parece inspirarse en la experiencia de OSIPTEL que tempranamente dictó un marco regulador diferenciado para ambas potestades, tomando en cuenta las peculiaridades de los temas y sujetos involucrados en los citados conflictos: en el caso de la función de resolver controversias.,⁴⁸ los

⁴⁷ Ley 27332, art.3º.- *Funciones....; e) Función de solución de controversias comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y, f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan*

⁴⁸ *El primer reglamento que regulaba el correspondiente procedimiento administrativo fue aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 001-95-CD/OSIPTEL, pub: 6/1/1995 (hoy en día está vigente la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, pub: 21/4/2002).*

sujetos son las empresas operadoras y los conflictos versan sobre la observancia de las normas de libre competencia en el sector, interconexión, derecho de acceso a la red, etc; mientras que tratándose de la función de resolución de los reclamos de los usuarios las partes involucradas son las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones y los usuarios reclamantes, y los conflictos versan sobre facturación, calidad del servicio, etc.⁴⁹ Asimismo, la citada Ley Marco ha dispuesto que todos los organismos reguladores deben contar en su estructura con un órgano especializado para tal objeto denominado Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa, para lo cual establece su conformación (5 miembros) y las reglas de su designación principalmente a cargo de entidades del Estado, disponiendo que se les aplicarán los mismos requisitos de idoneidad e incompatibilidades que se exigen para integrar el Consejo Directivo de los reguladores. Incluso con la finalidad de enfatizar la autonomía técnica y funcional del citado Tribunal administrativo respecto del organismo regulador se prohíbe que sus miembros puedan ser simultáneamente integrantes del Consejo Directivo.

El objetivo es que los Tribunales de Solución de Controversias de cada uno de los organismos reguladores constituyan órganos neutrales, integrados por expertos técnicos, que actúen independientemente tanto respecto del propio organismo regulador, del Gobierno y de los agentes privados involucrados en la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento, para generar seguridad jurídica en el mercado.⁵⁰

En el Perú, a diferencia de otros países de nuestro entorno, no se admite que la administración pública pueda ejercer función jurisdiccional porque no lo permite la Constitución, ya que reserva el ejercicio de dicha función al Poder Judicial y a otros órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales. Por tanto, los citados

⁴⁹ DANOS ORDOÑEZ, Jorge...”*Los organismos reguladores de los Servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios*”. En: Derecho administrativo (autores varios). Asociación peruana de Derecho administrativo, primera edición, Jurista editores, 2004, p. 436

⁵⁰ *Ibidem* p 437

Tribunales de Solución de Controversias que forman parte de los organismos reguladores no obstante resolver controversias entre empresas prestadoras privadas lo hacen en ejercicio de potestades administrativas.

Cabe tener presente que en nuestro medio la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General ha regulado de manera específica a los que denomina “procedimientos administrativos trilaterales” para encauzar aquellos supuestos en los que la ley confiere potestades a los órganos de la administración pública para resolver en sede administrativa controversias que enfrente a dos o más particulares entre sí, sin perjuicio de que en caso de inconformidad con lo resuelto por la administración la parte que se siente afectada en virtud del derecho a la tutela judicial puede acudir a la justicia para cuestionar la legalidad de la decisión administrativa.

En la doctrina al uso que trata de la regulación económica y de los organismos reguladores, generalmente muy influenciada por el régimen de las agencias norteamericanas, es frecuente que los autores defiendan la caracterización jurisdiccional de las potestades de las entidades reguladoras de resolución de controversias entre los agentes del sector (operadores y usuarios), seguramente porque en el régimen administrativo de Estados Unidos se considera extraordinario que una entidad administrativa (la agencia) pueda decidir sobre derechos y obligaciones de los particulares y además disponer la ejecución directa de su decisión, lo cual constituye una potestad que en dichos regímenes normalmente sólo es reconocida al Poder Judicial, lo que explica que se asocie con la función jurisdiccional la potestad de un ente administrativo que resuelve controversias entre particulares.

“Por otro lado en los dispositivos dictados por los organismos reguladores que disciplinan los procedimientos administrativos especiales para la resolución de controversias entre prestadores de servicios públicos, se ha previsto la posibilidad del recurso a técnicas alternativas de resolución de controversia como la conciliación y el arbitraje. Se propicia la conciliación al iniciarse el

trámite del procedimiento administrativo ante los respectivos Cuerpos Colegiados en primera instancia”⁵¹ .

De llegarse a un acuerdo entre las empresas en conflicto debe someterse a la aprobación del Cuerpo Colegiado quien puede rechazarlo de considerarlo contrario al ordenamiento jurídico. El acuerdo de conciliación aprobado surte el efecto de resolución final, determinando el fin del procedimiento administrativo. En el ámbito del servicio público de telecomunicaciones se ha previsto que el respectivo organismo regulador –OSIPTEL- pueda actuar como institución organizadora de arbitrajes para la solución de controversias entre empresas operadoras, exceptuándose las materias que involucren el ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado y las referidas a las funciones que le compete desarrollar al regulador, entre otras.⁵²

Esta vía arbitral, alternativa para las empresas y excluyente de la vía administrativa, constituye la única forma en que las empresas prestadoras pueden exceptuarse de la obligatoriedad de someter sus conflictos al procedimiento de solución de controversias en sede administrativa.⁵³

En las normas dictadas por el citado regulador de las telecomunicaciones – OSIPTEL- se distingue entre dos clases de procedimientos de resolución de conflictos: (i) los que versan sobre la comisión de una infracción administrativa y aquellos (ii) que no involucren la comisión de una infracción, estos últimos son los que hemos venido reseñando hasta el momento.

La razón de la diferenciación radica en que conforme al artículo 27º de la ley N° 27336 de desarrollo de las funciones y facultades del citado organismo toda sanción administrativa debe ser impuesta previo procedimiento administrativo sancionador, en el cual la instrucción y la imposición de la sanción deberá recaer en órganos distintos, por lo que tratándose de procedimientos de resolución de

⁵¹ Reglamento General de OSIPTEL para la solución de controversias entre empresas, citado anteriormente, arts. 52º al 56º

⁵² Reglamento de arbitraje aprobado mediante R.C.D. N° 011-99-CD/OSIPTEL de 8/7/99 y normas sobre materias arbitrales aprobadas mediante R.C.D. N° 012-99-CD/OSIPTEL, pub: 9/7/1999. De manera similar OSITRAN ha previsto la posibilidad del arbitraje en su reglamento general antes citado arts. 86º al 92º

⁵³ *Ibíd*em

controversias entre empresas operadoras que involucren la comisión de infracciones administrativas corresponde a la secretaría técnica, que constituye el órgano de apoyo del respectivo cuerpo colegiado, cumplir el rol de instructor del procedimiento conduciendo las investigaciones, para al terminar presentar un informe, emitiendo opinión sobre los extremos de la denuncia y recomendando la imposición de sanciones a que hubiere lugar, para que sea resuelto por el cuerpo colegiado en primera instancia ⁵⁴, cuya resolución podrá ser apelada ante el Tribunal de Resolución de Controversias de la entidad cuyo pronunciamiento agota en definitiva la vía administrativa.

Con el mismo objetivo de enfatizar las diferencias entre el procedimiento de solución de controversias entre empresas prestadoras, con el procedimiento administrativo que derive en la imposición de sanciones, en el reglamento general de solución de controversias entre empresas de OSIPTEL se ha contemplado expresamente el supuesto que se detecte la comisión de posibles infracciones durante la tramitación de cualquiera de los referidos procedimientos administrativos, caso en el cual se ceñirá a las reglas especiales establecidas en los arts. 93º y 94º del citado reglamento. En el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de otros países, no se les otorga competencia a los organismos reguladores para pronunciarse sobre pretensiones indemnizatorias formuladas por las empresas operadoras, lo cual en nuestra opinión encuentra fundamento en que se trata de materia (la responsabilidad civil) de derecho común que sólo compete resolver ante instancias jurisdiccionales y no en sede administrativa.

1.3.2.6. Función de reclamaciones de los usuarios

La norma transcrita, parece estar iluminada en la experiencia del OSIPTEL, que prematuramente dictó un marco regulador diferenciado para ambas potestades,

⁵⁴ Un ejemplo de *procedimiento de resolución de controversias entre empresas prestadoras por parte del cuerpo colegiado de OSIPTEL, que concluye declarando fundada la denuncia del actor y ordenando a la empresa denunciada corregir su conducta, a la vez que le aplica una sanción al haberse determinado la comisión de una infracción, lo constituye la R. N° 016-2001-CCO/OSIPTEL, pub: 29/6/2002* .

tomando en cuenta las peculiaridades de los temas y sujetos involucrados en ambas clases de conflictos.

“En el caso de la función de resolver controversias, los sujetos son las de empresas operadoras y los conflictos versan sobre la observancia de las normas de libre competencia en el sector, interconexión, derecho de acceso a la red, etc. Tratándose de la función de resolución de los reclamos de los usuarios las partes involucradas son las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones y los usuarios reclamantes, y los conflictos versan sobre facturación, calidad del servicio, etc.”⁵⁵

1.3.3. Facultades de OSIPTEL

La facultad del OSIPTEL de tipificar hechos infractores e imponer sanciones, como también ilustrar la escala de multas; se procederá a explicar el procedimiento administrativo sancionador en la referida Ley.

En el artículo 6° de dicha Ley estableció que: “el OSIPTEL es un organismo público con personería jurídica de derecho público interno, encargado de velar y promover la competencia, presta servicios de supervisión. El OSIPTEL goza de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Sus ingresos provienen de los servicios que presta a las empresas supervisadas según lo determine su Reglamento”⁵⁶ El artículo 7°, inciso b), señaló como uno de los objetivos de OSIPTEL “Mantener y promover la competencia eficaz y equitativa”

Como puede observarse a OSIPTEL le fueron asignadas funciones en dos niveles: la preservación y promoción de la competencia, que incluye desregulación mínima intervención) y la facultad de corregir y sancionar conductas o actos contrarios a las normas sobre libre y leal competencia al

⁵⁵ ORDÓÑEZ ALCÁNTARA, Oswaldo Alberto. *El debido Procedimiento Administrativo en los Organismos Reguladores*, Tesis Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho Civil y Comercial, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011. Disponible en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1192/1/ordonez_ao.pdf

⁵⁶ NUEVA LEY DEFINE MARCO LEGAL ADECUADO PARA GARANTIZAR LA LIBRE Y LEAL COMPETENCIA, 2015
Obtenido [18.VI.2015] en:
https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/notasprensa/NP_LeyLibreyLealCompetencia.pdf

resolver los conflictos suscritos entre empresas con relación a las obligaciones sobre la materia(funciones de agencia de competencia, que incluye la imposición de medidas correctivas y sanciones administrativas).

El OSIPTEL, notó que existe la necesidad de precisar las facultades de supervisión y reforzar la capacidad coercitiva para hacer cumplir las normas, sin contravenir las garantías constitucionales de los usuarios y de las empresas respecto al secreto de las telecomunicaciones y el derecho a la propiedad.

“Para dotar al organismo de la capacidad que resulte suficiente para el cumplimiento de sus atribuciones, la Ley establece bajo los principios de transparencia, costo-eficiencia, veracidad y confidencialidad de la información (art.3); que OSIPTEL puede solicitar a las empresas, información que se requiera para una eficaz función. Entre los puntos más importantes, se detalla el tratamiento de la información confidencial (art.6); se establece límites sobre el tipo de información requerida y que debe ser usada sólo para fines de supervisión (art.4, art.8) y se delimita el concepto “secreto de las telecomunicaciones” y precisándose la prohibición de su violación (art.8). Cabe resaltar que la información solicitada por OSIPTEL, no podrá ser de carácter individual o personal que afecte a la intimidad de los usuarios o viole el artículo 2º de la Constitución Política referido al secreto de las comunicaciones y documentos privados”.⁵⁷

1.4. De los principios de acción del OSIPTEL dentro del marco de la regulación económica y del derecho Administrativo

1.4.1. Principios relacionados a la promoción de la competencia

Ya decíamos que la regulación no tiene un fin en sí mismo, sino que justamente está presente cuando el mercado presenta fallas, en ese sentido la regulación

⁵⁷ Gerencia de Comunicación Corporativa, *nueva ley define marco legal adecuado para garantizar la libre y leal competencia 2000* [ubicado el 18.VI 2015]. Obtenido en https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/notasprensa/NP_LeyLibreyLealCompetencia.pdf

buscara generar competencia, incentivar prácticas competitivas o simular la competencia.

Cabe precisar que la evolución tecnológica que está presente en el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones, ha permitido que los servicios de telecomunicaciones, aún considerados por la legislación nacional como servicios públicos, sean sometidos a un régimen de libre de competencia que progresivamente va ampliándose a más servicios, por ejemplo el servicio de telefonía fija en la modalidad de llamadas de larga distancia, servicio de telefonía móvil, servicio de televisión por cable, entre otros.⁵⁸

Específicamente, nos referimos a la situación de OSIPTEL, ya que concentra las funciones de regulador y agencia de competencia; por lo tanto, sus instancias tienen la prerrogativa de aplicar los dos cuerpos normativos. A ello, se añade la asimilación de gran parte de las normas antitrust en los principios regulatorios que concibe el marco normativo sectorial, como ocurre con los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia,⁵⁹ los cuales convergen en la actual LRCA.

En las modalidades de abuso de posición de dominio o como prácticas colusorias verticales. Para ilustrar dicha situación el artículo 9º del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

“Artículo 9º del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. - Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.”

⁵⁸ PONCE ARQUEROS, Luis Manuel, *Regulación y Competencia para la Universalización de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones*, Tesis PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO, Trujillo, Universidad nacional de Trujillo, 2014. Disponible en <file:///C:/Users/ANGEL/Downloads/tesisluisonce1-140925173109-phpapp02.pdf>

⁵⁹ Artículo 7º del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión – Resolución N° Libre competencia versus regulación: sobre la aplicación del principio de supletoriedad en la 83 nueva ley de represión de las conductas anticompetitivas.

Se aprecia que tal principio intenta corregir cualquier tipo de práctica –basada en la posición de dominio o en la titularidad de alguna facilidad esencial– que le genere beneficio a un operador y correlativamente atente contra el competidor. En el fondo, asume los supuestos de negativas de trato, aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y la obstaculización de la entrada o permanencia del rival, insertos en el artículo 10.2 del D.L. 1034. Recordemos también que “El regulador toma en cuenta el principio de libre y leal competencia, que si bien no posee contenido expreso en la normativa sectorial, apunta a que el acceso se realice en base a un balance entre incorporación de más competencia e incentivos para el mejoramiento de la infraestructura”⁶⁰

La regulación no tiene un fin en sí mismo, sino que justamente está presente cuando el mercado presenta fallas, en ese sentido la regulación buscara generar competencia, incentivar prácticas competitivas o simular la competencia. Cabe precisar que la evolución tecnológica que está presente en el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones, ha permitido que los servicios de telecomunicaciones, aún considerados por la legislación nacional como servicios públicos, sean sometidos a un régimen de libre de competencia que progresivamente va ampliándose a mas servicio, por ejemplo el servicio de telefonía fija en la modalidad de llamadas de larga distancia, servicio de telefonía móvil, servicio de televisión por cable, entre otros.

1.4.2. Principios relacionados a la autonomía, predictibilidad, transparencia y la legitimidad de las decisiones

OSIPTEL, actualmente se encuentran adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros; sin bien de acuerdo a la Ley Marco de los Organismos Reguladores,

⁶⁰ OLAECHEA FLORES, JOSELYN. libre competencia versus regulación: sobre la aplicación del principio de supletoriedad en la nueva ley de represión de las conductas anticompetitivas – Irca, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* [ubicado el 17.VI 2015]. Obtenido en <http://servicios.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2011/JoselynOlaecheaFlores.pdf>

Ley 27332 estos gozan de autonomía económica, administrativa y financiera, debemos precisar que según la Constitución solo existen los organismos constitucionalmente autónomos, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder Legislativo, de allí la necesidad de inscribirlos en algún estamento del poder ejecutivo, para no incurrir en inconstitucionalidad orgánica.

“Los mismos gobiernos que han pasado desde su creación a finales del siglo pasado hasta la actualidad han sido conscientes de la necesidad de respetar su autonomía de los organismos reguladores como una forma de transmitir señales claras al mercado, como garantía de independencia en la toma de sus decisiones cuya base técnica y objetiva es la mejor forma de garantizar al mercado y a la sociedad resultados positivos.”⁶¹

Sin embargo, el hecho que actualmente los organismos reguladores se encuentran dentro de la estructura del Poder Ejecutivo, lo hace vulnerable, limitando su autonomía y en algunos casos se ven sometido a la injerencia de este poder del Estado, lo cual constitucionalmente no tendría ninguna objeción, pues este último es quien responderá políticamente, ya que no es concebible constitucionalmente generar islas dentro del Poder Ejecutivo, el cual obedece a una estructura jerárquicamente organizada.

Sobre este particular el Dr. Diego Zegarra Valdivia,⁶² señala que la más gruesa objeción que se hace a las agencias independientes desde la perspectiva constitucional es que su existencia viola el esencial principio de separación de poderes del Estado. Esta aseveración la hace dado que, de acuerdo a la Constitución Política del Perú, solo existen 3 poderes del Estado, además de los organismos constitucionalmente autónomos y que por ende los órganos estatales o están dentro de la estructura de cualquiera de los poderes del

⁶¹ Cfr. OLAECHEA FLORES, JOSELYN. libre competencia versus regulación: sobre la aplicación del principio de supletoriedad en la nueva ley de represión de las conductas anticompetitivas – Ircá, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* [ubicado el 17.VI 2015]. Obtenido en <http://servicios.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2011/JoselynOlaecheaFlores.pdf>

⁶² ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *op.cit.*, p. 250

Estado o como organismos Constitucionalmente del Estado, no admitiendo la existencia de organismos que sean plenamente independiente del Poder del Estado al cual pertenece.

1.4.3. Principios relacionados con la actuación del regulador

La actuación del OSIPTEL como organismo regulador de los servicios públicos de telecomunicaciones es una actividad reglamentada y sujeta a principios específicos que garantizan y complementan la legalidad administrativa. OSIPTEL, actúa en un mercado regulado y para ello tiene potestades específicas, sin embargo, ello no implica necesariamente intervención administrativa regulación económica- no conflicto entre las disposiciones normativas y regulatorias con las normas de libre competencia.

Para ello, el reglamento General del OSIPTEL ha establecido reglas específicas que pretenden mantener la legalidad de la actuación del regulador.

El artículo 11 de este reglamento contempla el principio de subsidiariedad, conforme a este principio, la actuación del OSIPTEL es subsidiaria y solo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. Este principio establece una regla de abstención. Una regla que implica que el OSIPTEL legalmente se encuentra prohibido de intervenir cuando exista mercado y los mecanismos de libre competencia sean adecuados.

Esta regla obliga a que el Estado tenga que justificar su intervención por ejemplo por medio de la fijación de tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones- en un determinado mercado. Incluso se pueden identificar mercados en los cuales existirá una prohibición expresa de intervención vía la fijación de tarifas, como es el caso del mercado de los servicios de valor añadido, en el cual se garantiza que el estado no intervenga.⁶³

⁶³ MOSCOL SALINAS, Alejandro. Los principios de Acción para la regulación de los servicios Públicos de Telecomunicaciones dentro del marco del derecho administrativo,Peru, editora y librería Grijley E.I.R.L.,2008. p.294

CAPÍTULO II

EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA DIRECTIVA DE RECLAMOS DEL ORGANISMO REGULADOR DE OSIPTEL

En el presente capítulo, explica como el administrado debe seguir las pautas de un debido procedimiento administrativo ciñéndose en la directiva de reclamos del organismo regulador de OSIPTEL, se tomarán en cuenta los principios administrativos en la directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, como sus actuaciones de prueba para demostrar su verdad material.

2.1. Los principios administrativos en la directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones

El debido proceso es, así, una garantía formal para el administrado en el sentido de que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz del ordenamiento jurídico.⁶⁴

El debido procedimiento administrativo otorga al administrado la garantía de que podrá hacer valer sus derechos en el ámbito y escenario de la administración. Con ello, el debido proceso no solo va más allá de una garantía formal del desarrollo del procedimiento, sino que, de acuerdo con la sentencia apuntada anteriormente, requiere de un control material que verifique el contenido de una decisión que se apegue a los valores y principios sobre los que se estructura el ordenamiento jurídico

En un procedimiento administrativo se requerirá de un conjunto de principios, algunos comunes a diversas otras ramas del derecho público y otros propios de

⁶⁴ ROJAS FRANCO, Enrique. El Debido Procedimiento Administrativo. Revista de la Facultad de Derecho, 2011. ubicado [05- X-2015] disponible en file:///C:/Users/HP/Downloads/3147-13676-2-PB.pdf

la materia que venimos investigando, pues, todos los principios administrativos rigen al procedimiento administrativo en forma inmediata y directa.

“Los principios del procedimiento administrativo, deberán ser empleados para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo, como herramientas para hacer efectivos mecanismos de integración jurídica”⁶⁵ Es así que los usuarios en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes, esto es referente al debido procedimiento administrativo.

Asimismo Ortiz⁶⁶, señala al procedimiento administrativo como “el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir”

“El procedimiento administrativo, a pesar de la informalidad, deberá garantizar la situación jurídica de los administrados, conforme a las reglas del debido procedimiento o debido proceso, las cuales tienen primacía ante los demás principios”.⁶⁷

En cuanto a los principios del procedimiento administrativo del organismo regulador de OSIPTEL, podemos ver que se encuentra prescrito en el reglamento general de OSIPTEL para la solución de controversias entre empresas en el título II.

En el artículo 4° del Procedimiento del reglamento general de OSIPTEL para la solución de controversias entre empresas en el título II *“Los procedimientos regulados por el presente Reglamento se rigen por los principios del*

⁶⁵GUZMAN NAPURI, Christian. *La Administración Pública y el Procedimiento administrativo General*. Lima, página blanca editores, 1 edición, 2004 p.78

⁶⁶ ORTIZ ORTIZ, Eduardo. «Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública». *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. San José: Colegio de Abogados, 1981. ubicado [05- X-2015] disponible en <file:///C:/Users/HP/Downloads/3147-13676-1-PB.pdf>

⁶⁷BREWER- CARIAS, Allan, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Legis, 1 edición, 2003. pg 261

*procedimiento administrativo consignados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, así como por el principio de concentración y publicidad, los que, de ser necesario, serán utilizados como criterios interpretativos para la emisión de los actos procesales*⁶⁸. Asimismo, también tenemos a los principios regulados en la directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

En el título I “Principios por los que se rige el procedimiento de atención de reclamos de usuarios, encontramos en su “artículo 1° Principios por los que se rige el procedimiento de atención de reclamos de usuarios”, ante ello encontramos en la tramitación de los procedimientos de atención y solución de los reclamos de usuarios, rigen a los siguientes principios:”⁶⁹

2.1.1. Principio de celeridad:

Este principio alude a que quienes participan en el procedimiento, deben ajustarse a los plazos y procedimientos establecidos por la ley.

“La actual normativa ha introducido nuevas regulaciones que disciplinan al procedimiento administrativo como por ejemplo mayor amplitud de medios probatorios, mayores formalidades para los actos administrativos así como para las notificaciones; sin embargo se persigue que el procedimiento sea dinámico y que se eviten las actuaciones que puedan dificultar el desarrollo normal del procedimiento, como por ejemplo los informes abundantes, gaseosos e inconsistentes, o las providencias retardadas al expediente, se persigue por el

⁶⁸REGLAMENTO GENERAL DE OSIPTEL PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS. *Principios del Procedimiento*, [Ubicado 20. X. 2015]. Obtenido en: <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/SoluControversias/res0102002CDOSIPTELreggen.pdf>

⁶⁹ Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones. *Principios por los que se rige el procedimiento de atención de reclamos de usuarios*. [Ubicado 20. X. 2015]. Obtenido en: <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res01599CDOSIPTELdir.pdf>

contrario estructurar un procedimiento directo, ágil, sin mayores formalidades, ni actuaciones innecesarias, de modo tal que se pueda llegar a una decisión en un tiempo razonable. Igualmente, se ha dispuesto que la mayor parte de los procedimientos conformadores (*aquellos que se realizan para obtener una licencia, autorización, Etc.*) sean procedimientos de aprobación automática y los procedimientos de calificación posterior o de silencio administrativo negativo sean los menos.⁷⁰

Así tenemos en el artículo IV en lo que son los principios del procedimiento administrativo, menciona que el principio de celeridad “que quienes participen en el procedimiento, deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento”.⁷¹

“Los reclamos de los usuarios deberán ser atendidos y solucionados sin exceder el plazo fijo para los mismos.”⁷²

En el ámbito del procedimiento administrativo, este derecho deberá ser entendido en base a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de hacer que se compatibilice con los métodos y fines propios de la administración. El principio del debido procedimiento señala que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al denominado debido proceso formal (adjetivo o procesal), el mismo que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

“De otro lado, y dada la autonomía del derecho administrativo procesal, la regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable al principio de debido

⁷⁰Cfr. CASTRO, Francisco. *Los principios del procedimiento Administrativo.*[Ubicado 20. X. 2015]. Obtenido en: http://files.uladech.edu.pe/docente/17882157/Derecho_Procesal_Administrativo/SESSION%2004/Contenido_04-1.pdf

⁷¹ Ley Del Procedimiento Administrativo General N° 27444

⁷²Ibídem

procedimiento sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo y de manera supletoria”.⁷³

2.1.2. Principio de simplicidad:

Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias.⁷⁴

Para Gordillo, ⁷⁵ debe evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del procedimiento.

El procedimiento debe alcanzar su objetivo prescindiendo de la exigencia de recaudos excesivos; sin complicaciones prolijas y sin las inútiles dilaciones que ellas acarrearán.

2.1.3. Principio de transparencia:

Los responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere dicha ley. Los reclamos de los usuarios deberán ser atendidos y solucionados, garantizando el acceso de éstos al expediente y a la información sobre el procedimiento, en cualquier etapa del mismo.⁷⁶

⁷³ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: *Gaceta Jurídica*, 2001, pg 29

⁷⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R., Principios Generales Del Procedimiento Administrativo: Hacia Un Estándar Continental. [Ubicado 04. X. 2015]. Obtenido en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/ED874AD957FDC22E052577BD007AD968/\\$FILE/II_Principios_del_procedimiento_administrativo.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/ED874AD957FDC22E052577BD007AD968/$FILE/II_Principios_del_procedimiento_administrativo.pdf)

⁷⁵ BARTRA CAVERO, JOSE, *Procedimiento Administrativo. Ley del Procedimiento Administrativo General*, Perú, Huallaga editorial, 7ma edición, 2005.pg 72

⁷⁶ Resoluciones del Consejo Directivo N°007-94- CD/OSIPTEL y N°032-97-CD/OSIPTEL y por la Resolución de Presidencia N° 036-97-PD/OSIPTEL.. *Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones. Principios Por Los Que Se Rigen Los Procedimientos De Atención A Los Reclamos De Usuarios*, Ubicado 04. X. 2015]. Obtenido en :

El secreto o reserva, como herramientas para cumplir eficientemente la función defensa, debe tener un fundamento legal para que de esta manera pueda nacer a la vida del derecho y encuentre apego a la legalidad dentro de una moderna democracia representativa.⁷⁷ No es concebible proceder con secreto en atención a meros arbitrios o caprichos administrativos, sin tener ningún fundamento legal para no dar respuesta al ciudadano lo que desee saber respecto.

2.1.4. Principio de no discriminación:

El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación constituyen principios que sustentan todos los derechos humanos.⁷⁸

Recogiendo la normativa europea, en la reciente Ley 32/2003, Ley General de Telecomunicaciones española, el principio de no discriminación es normado, de un lado, como un objetivo vinculado con la protección de los intereses de los usuarios (se trataría, como en el caso de la legislación peruana de garantizar el respecto de un imperativo constitucional; y de otro, como una obligación que puede ser impuesta a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, de manera que implique la garantía que “el operador aplique condiciones equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad de los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones”⁷⁹ Pero en los procedimientos de reclamos, no se discriminará entre los usuarios de servicios similares, evitando así que la desigualdad entre los usuarios afecte el desarrollo o el

<https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res01599CDOSIPTELdir.pdf>

⁷⁷ BARRAZA, Alejandro, El Principio De Transparencia Y Publicidad De Los Actos De La Administración Del Estado Y Los Secretos De La Defensa, [Ubicado 04. X. 2015]. Obtenido en: file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-EIPrincipioDeTransparenciaYPublicidadDeLosActosDeL-3257732.pdf

⁷⁸ Jurisprudencia Laboral Acción y Contratación. El principio de igualdad y el mandato de no discriminación, ubicado el [06-XI.2015] en : file:///C:/User/ ANGEL/Downloads/jlaboral018.pdf.

⁷⁹ RODRÍGUEZ ARANA, José, Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ed. La ley, Madrid, 2004, pp.118-119. Citado ZEGARRA VALDIVIA, Diego, Marco Institucional de las telecomunicaciones en el Perú, Perú, Editorial Palestra, 2005, p. 334

resultado del procedimiento.⁸⁰ Esto nos quiere decir que en aplicación del principio de no discriminación, las empresas prestadoras de los servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con la oferta disponible, no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones para dicho servicio.

“El principio de no discriminación tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos. Todas las personas tienen iguales derechos e igual dignidad y ninguna de ellas debe ser discriminada en relación con otra. La discriminación impide el desarrollo pleno del potencial de la persona, mina la confianza en las virtudes de las sociedades democráticas y provoca exclusión social”⁸¹

El principio de igualdad de trato y no discriminación ha de ser real y efectivo en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios.

2.1.5. Principio de responsabilidad:

Los órganos establecidos en los procedimientos de reclamos como competentes para la tramitación de los reclamos, son responsables de los actos procesales que emitan, sin perjuicio de la responsabilidad que les competa a las empresas operadoras.

Existe la responsabilidad administrativa por todo perjuicio o daño causado a terceros por la acción u omisión de un acto administrativo. “La responsabilidad administrativa es propia de quienes ejercen cargos directivos y de todos sus subalternos, quienes con la toma de decisiones o la realización de actos, que luego causan los perjuicios, y son las consecuencias jurídicas de sus actos las

⁸⁰ Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones. *Principios por los que se rige el procedimiento de atención de reclamos de usuarios*. [Ubicado 20. X. 2015]. Obtenido en: <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res01599CDOSIPTELdir.pdf>

⁸¹ Principio de No discriminación. Ubicado el [06-XI-2015] en: http://www.ararteko.net/contenedor.jsp?codMenuPN=72&codbusqueda=109&codMenu=140&seccion=s_fdes_d4_v1.jsp&language=es

que configuran la responsabilidad administrativa la que bien puede tener implicaciones penales o civiles.”⁸²

Asimismo, la responsabilidad es un valor que está en la conciencia de la persona, que le permite reflexionar, administrar, orientar y valorar las consecuencias de sus actos, siempre en el plano de lo moral. Una vez que pasa al plano ético (puesta en práctica), persisten estas cuatro ideas para establecer la magnitud de dichas acciones y afrontarlas de la manera más prepositiva e integral, siempre en pro del mejoramiento laboral, social, cultural y natural.

2.1.6. Principio de gratuidad:

Los procedimientos de reclamos de usuarios se conducirán de manera gratuita. El principio de gratuidad viene figurando tradicionalmente entre los principios informadores de nuestro procedimiento administrativo. Sin embargo, es sabido que tal gratuidad sólo se concibe con un carácter relativo habida cuenta de que son muchos los gastos generados durante la tramitación del expediente administrativo que acaban sufragando los interesados. ⁸³

“La mejor prueba de ello la encontramos en las tasas que gravan una parte muy sustancial de los procedimientos administrativos de contenido favorable. Pero existen también otros apartados generadores de coste para los interesados que a menudo se pasan por alto y que también deben ser tomados en consideración”. ⁸⁴

La conclusión a la que lleva la contemplación del escenario actual no es otra que la necesidad de repensar el valor y la función tan relevante que la gratuidad ha de jugar en la estructuración del procedimiento administrativo tanto en lo que

⁸² Responsabilidad administrativa. Derecho Contencioso Administrativo, ubicado el [10-XI-2015], obtenido en: <http://www.monografias.com/trabajos96/derecho-contencioso-administrativo/derecho-contencioso-administrativo.shtml>

⁸³ CIERCO SEIRA, César. *De la gratuidad del procedimiento administrativo*, ubicado el [06-XI-2015], Obtenido en: http://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/22/docs/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/N%C3%BAmero%2035/CIERCO_04_35.pdf

⁸⁴ *Ibíd*em

concierno a los derechos de defensa como en lo que afecta a las exigencias de sencillez y simplificación administrativas.

2.1.7. Principio de presunción de veracidad:

En los procedimientos de reclamos de usuarios, se presume que los usuarios dicen la verdad sobre su identidad y su condición de usuario del servicio.⁸⁵ “Es un principio propio del procedimiento administrativo, a través del cual la administración pública a-priori, presume *juris tantum*, que el actuar de los administrados, en la presentación de los documentos y declaraciones formuladas responde a la verdad de los hechos que aseveran”⁸⁶. En virtud de éste principio la administración pública se encuentra en el deber legal de dar crédito fidedigno a las actuaciones de los administrados, sustentándose en la buena fe procedimental. Sin embargo, es necesario precisar, que tal presunción no es absoluta, sino que se trata de una presunción *juris tantum*, que admite prueba en contrario, cuando informados por otros administrados o a través de controles e información que maneja la administración, se pueda probar que las actuaciones de los administrados (en la presentación de documentos y declaraciones) no es veraz, en este hipotético caso se afecta el principio de presunción de veracidad.

Es necesario precisar, que para la afectación de éste principio se requiere necesariamente una prueba en contrario “de que las actuaciones del administrado no son acordes con la verdad de los hechos que afirma”; no es suficiente, las evidencias, conjeturas o indicios de probabilidad. Sin embargo, este noble principio, que a nuestro modo de pensar es

⁸⁵ Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones. Principios Por Los Que Se Rigen Los Procedimientos De Atención A Los Reclamos De Usuarios, Obtenido en : <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res01599CDOSIPTELdir.pdf>

⁸⁶ CANDIA AGUILAR, Omar J. .Los Principios De Presunción De Veracidad Y De Privilegio De Controles Posteriores En Las Contrataciones Públicas, obtenido el [5-X-2015] en: <http://omarcandia.blogspot.pe/2009/10/los-principios-de-presuncion-de.html>

trascendental en la administración, ha venido generando un uso indebido por diferentes postores en los procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado, quienes con el objeto de lograr la calificación de sus propuestas técnicas o con el objeto de obtener una mejor puntuación o calificación en su propuesta técnica, han venido adulterando comprobantes de pago, cartas de presentación, contratos, entre otros. De allí, que exista la necesidad de que sin afectar el principio materia de estudio, se pueda poner coto al uso indebido del mencionado principio fortaleciendo los mecanismos de controles posteriores.

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, mediante Resolución N° 1120-2008-TC-S2, de fecha 16 de abril de 2008, establece que, si bien es cierto la administración pública debe presumir que las afirmaciones de los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, no es menos ciertos que también por el principio de verdad material, contemplado en el numeral 1.11. Del Artículo IV de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, este Colegiado debe considerar lo dispuesto en esta Ley, que regula “(4...) en caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponda a éstas”.

Se incorpora al ordenamiento jurídico nacional a partir de la vigencia de la ley de simplificación administrativa, en cuya virtud debe suponerse que el administrado dice la verdad. Es concebido como una presunción “juris tantum”, porque admite prueba en contrario.⁸⁷

El artículo 2° de la derogada ley así lo precisa, sustituyendo la fiscalización previa por la fiscalización posterior (art.4° de la misma ley). Posteriormente, en virtud del Decreto Ley 26111, se integra al Texto Único derogado, como un principio más del artículo 32°

Los artículos IV (1.7) Y 42° de la Ley consagran este principio, conforme a los cuales los documentos y declaraciones de los administrados en el

⁸⁷ Ibídem

procedimiento administrativo se presumen que guardan concordancia con la verdad de los hechos afirmados. Según este último, la declaración jurada, los documentos sucedáneos que se presenten y lo que se exprese en los escritos o formularios oficiales, se presumen que han sido verificados por los propios administrados, así como de contenido veraz; y en el caso de las traducciones que la propia parte hubiera efectuado, informes o constancias profesionales o técnicas, la responsabilidad deviene en solidaria: administrado y el profesional respectivo.

2.1.8. Principio de la eliminación de exigencias o formalidades costosas:

Queda eliminada la exigencia de presentación de documentos que contengan información que la propia entidad que los solicita posea o deba poseer.

“En aplicación del principio de la eliminación de las exigencias y formalidades costosas a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, queda eliminada la presentación de documentos que contengan información de la propia entidad que los solicita posea o deba poseer, el pago de derechos que excedan el costo de producción en la expedición de pasaportes y otros documentos de identidad”.⁸⁸

El reglamento dispondrá la eliminación de otras exigencias y formalidades costosas, excepto las que están establecidas por Ley.

“Presunción de veracidad de la información que suministran los ciudadanos; eliminación de exigencias y formalidades costosas para evitar que los beneficios sociales por obtener sean menores que los costos del proceso; desconcentración de los procesos decisorios; y participación ciudadana⁸⁹”

⁸⁸ LEY N° 25035. Ley de Simplificación Administrativa, ubicado[09- XI- 2015], obtenido en : http://www.unmsm.edu.pe/ogp/ARCHIVOS/LEY_DE_SIMPLIFICACION_ADMINISTRATIVA.htm#T1

⁸⁹ JIMENEZ CASTRO, Wilburg. *La Reforma Administrativa, la reforma del Estado y la privatización de instituciones, empresas y programas públicos*, Costa Rica, Editorial Universidad Nacional a distancia ,2006.p62

2.1.9. Principio de subsanación:

“La subsanación entendida como figura básica del procedimiento administrativo actúa como garantía para los administrados por cuanto permite “reparar”, “remediar”, “disculpar” o “excusar” determinadas acciones u omisiones que determinan la carencia propia del acto administrativo paralelo correspondiente al ciudadano interesado”⁹⁰.

En los procedimientos de reclamos de usuarios, los órganos establecidos para atender los mismos, que adviertan errores u omisiones en el procedimiento, deberán encausarlos de oficio.⁹¹ Determina el derecho del usuario a subsanar las solicitudes presentadas a la administración cuando éstas adolezcan de determinados defectos.

2.1.10. Principio de vinculación y formalidad:

Las normas procesales y las formalidades contenidas en la presente Directiva, son de carácter imperativo, sin embargo, se podrá adecuar su exigencia al logro de los fines del procedimiento.

El maestro Juan Monroy Gálvez, explica que la norma procesal “es una especie del género formado por las normas jurídicas, las que a su vez, son una especie de las normas sociales. Se caracteriza por ser instrumental (en tanto asegura la eficacia de la norma material y regula el mecanismo para su aplicación; es una norma prevista para hacer efectiva otra norma), formal (porque su actuación no afecta la estructura interna del conflicto al que se quiere poner fin, solo asegura que los requisitos extrínsecos referidos al procesamiento del conflicto se cumplan, asegurando y precisando las facultades y deberes de todos los

⁹⁰ La subsanación administrativa ¿Una nueva presentación documental?.

⁹¹ Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones. Principios Por Los Que Se Rigen Los Procedimientos De Atención A Los Reclamos De Usuarios, ubicado [06-XI-2015] Obtenido en : <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res01599CDOSIPTELdir.pdf>

participantes en la actividad procesal) y dinámica (su aplicación importa la existencia de una relación jurídica en constante y permanente cambio, hasta con intereses contradictorios pese a que la actividad en su conjunto esté dirigida hacia una meta común”).⁹²

Interpretar una norma procesal es buscar en su interior el principio que estructura el sistema procesal y los fines que este persigue, con el propósito de hacer efectivo el derecho material respecto de un caso concreto. Se afirma la autonomía de la interpretación de la norma procesal. En estricto, lo que el juez interpreta no es la norma sino el derecho procesal.

2.2. Actuación de pruebas en el procedimiento administrativo y su vinculación con el debido proceso administrativo

La prueba tiene una importancia decisiva en el proceso administrativo, ya que lo que deciden los pleitos son las pruebas y no las manifestaciones unilaterales de los litigantes.⁹³

La prueba es un elemento vital del proceso que lleva a producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos de un determinado acto administrativo.

“Por analogía del derecho penal, ámbito donde se ha estudiado a la prueba en numerosas publicaciones, podemos afirmar que la prueba constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones, en ese sentido, la prueba confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente en el proceso o procedimiento”⁹⁴.

⁹² OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Principios Procesales Del Proceso Civil*, ubicado el [05-XI-2015] en: <http://www.calacademica.org/diplomados/litigacion/PRINCIPIOS%20PROCESALES%20DEL%20PROCESO%20CIVIL.pdf>

⁹³ CESPEDES ZAVALA, Adolfo. *La Prueba en el Procedimiento Administrativo, La prueba y su regulación en el procedimiento administrativo general y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Perú, Gaceta Jurídica S.A, Primera Edición, 2011.

⁹⁴ FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*, Bogotá, Temis, Tomo II, 1998, p.71

La finalidad de la prueba atiende a la fijación formal de los hechos, la averiguación sobre la verdad de un hecho y la convicción judicial (en este caso de la autoridad en sede administrativa).

“El medio de prueba es el canal o conducto a través del cual se incorpora el elemento de prueba al proceso penal, es el vehículo del que se sirven las partes para introducir en el proceso las fuentes de pruebas, de este modo los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley, excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona.”⁹⁵

Diversos autores han señalado respecto al derecho de prueba, que la parte estatal goza de numerosos privilegios a lo largo de todo el conflicto que se presenta ante los Tribunales, que esa parte se presenta en el juicio como defensora de un interés “público y altruista”, mientras que su contraparte solo parece ostentar uno de carácter meramente “individual, siempre egoísta” Debido a esta presunta desigualdad, se justifica en el juez una actitud proactiva que obliga a la parte estatal a probar también ella la legitimidad de su obra en el caso concreto, evitando su refugio en la presunción que acompaña a sus actos, más allá de la necesidad objetiva de este principio en el accionar cotidiano de la administración en su desempeño como poder del Estado.

En cuanto a los actos administrativos se puede decir que son las obligaciones que hacen a la esencia del régimen republicano, con mayor razón cuando se trata de justificar el acto que ha perjudicado a un miembro de la comunidad (nos referimos sobre todo a aquellos procedimientos administrativos sancionadores y disciplinarios), por ejemplo, las faltas motivo de sanción deben ser eficazmente probadas porque no podría el particular demostrar con pruebas fehacientes que nunca cometió alguna.

El deber de probar, en todo procedimiento administrativo, corresponde por naturaleza al actor del proceso, generalmente el particular perjudicado por la decisión estatal en cuestión, “no desplaza la carga de la prueba que recae sobre

⁹⁵ NEYRA FLORES, José Antonio. “La prueba penal, valoración de la prueba pericial penal” ,*Actualidad Jurídica*. Tomo 202, setiembre de 2010, p 120-121

ambas partes de acreditar los supuestos de hecho de la norma jurídica cuya aplicación reclaman en el caso concreto”⁹⁶. Las pruebas deben ser producidas por quien tiene a su alcance la posibilidad de hacerlo.

Por tanto, la actuación de las pruebas en los procesos administrativos, en general, debe atender al carácter revisor de la instancia judicial respecto del accionar de la administración (cuando se inicia un proceso contencioso-administrativo, sobre todo), en custodia de los derechos y garantías fundamentales que la Constitución garantiza a todo administrado.

En cuanto al análisis de la actividad probatoria de oficio, debemos mencionar que conforme al artículo 66º.- Medios probatorios. “El ofrecimiento, presentación, admisión y actuación de medios probatorios se rige por lo establecido en el artículo 163º y el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General”⁹⁷. En tal sentido, el Tribunal de Solución de Controversias podrá ordenar la actuación de medios probatorios de oficio o a solicitud de las partes. El Tribunal de Solución de Controversias podrá citar a las partes a audiencia de pruebas si lo estima necesario para la actuación de alguna prueba, la que deberá desarrollarse necesariamente antes del informe oral.

Cabe mencionar que la administración pública, al ser Juez y parte en sede administrativa frente a la petición del administrado, situación que muchas veces no le permite la suficiente libertad para ofrecer y actuar los medios probatorios pertinentes, destinados a acreditar los fundamentos de sus solicitudes.

Por ello, Davis Echandía⁹⁸, menciona, para una correcta apreciación de los medios probatorios, ésta deberá realizarse en conjunto; y, no con un criterio

⁹⁶ PEREZ HUALDE, Alejandro. “Actuación de pruebas en el contencioso- administrativo y debido proceso”. Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Modernizando el Estado para un país mejor, Palestra, Lima,2010,p.64

⁹⁷ Resolución del Consejo Directivo N° 136- 2011-CD/OSIPTEL y modificatorias. Reglamento General Del Osiptel Para La Solución De Controversias Entre Empresas. Ubicado [10-XI-2015] en : <http://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/SoluControversias/res0102002CDOSIPTELreggen.pdf>

⁹⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. V.P. de Zavallía: Buenos Aires, 1981, pág. 331 y 332. Citado por Osiptel Procedimiento de oficio iniciado contra

puramente subjetivo o personal, sino objetivo y social; para conseguir dicho propósito, prosigue, se requerirá de un estudio sobre el valor de convicción de los medios probatorios en los casos concretos. En el mismo sentido, dicho autor indica que el principio de unidad del material probatorio establece que los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme.

2.3. Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el debido procedimiento administrativo

El tribunal constitucional ya se ha referido en reiteradas ocasiones acerca del debido procedimiento administrativo entendiéndolo como un principio constitucional, que garantiza los derechos del administrado en pro de su defensa.

Este tribunal Constitucional ha señalado en relación al debido proceso en sede administrativa, en la STC 4289-2004-AA/TC expresando en los fundamentos 2 y 3, respectivamente, que “el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”.⁹⁹ “El derecho al debido proceso y los derechos que contiene son invocables y, por lo tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así,

Telefónica del Perú S.A.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal. (Expediente N° ST/CD), Lima, 21 de octubre de 2008, p 17 ubicado el : [10-XI-2015] en : https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info_empresas/Solucion_controversias/Exp0022004CCOS_TCD_inf0042008ST.pdf

⁹⁹ Sentencia de la Primera sala del Tribunal Constitucional de Lima del 12 de Noviembre de 2012 (Exp. 03122-2012)

el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)”¹⁰⁰

Asimismo en la STC¹⁰¹, el tribunal constitucional menciona que el debido proceso administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la Administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si esta resuelve asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.

Por consiguiente en la STC N° 03891-2011-PA/TC, menciona que el fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.¹⁰² el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

¹⁰⁰ *Ibidem*

¹⁰¹ En este sentido se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional desde hace varios años, como consta en la STC N 00503 2013-PA/TC agravio constitucional seguido por Fernando Pavel Carrillo Minaya, consultada el 14 de noviembre de 2015, en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00503-2013-AA.pdf>

¹⁰² STC N° 03891-2011-PA/TC, agravio constitucional seguido por Cesar Javier hinostroza , consultada el 14 de noviembre de 2015 ubicado [14-XI-2015] en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html>

Finalmente debemos entender el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).

2.4. Dispositivos legales que regulan el procedimiento de reclamos de usuarios de servicios de telecomunicaciones

2.4.1. Directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y sus modificatorias.

En julio de 1999 se resuelve aprobar la directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, su exposición de motivos y la guía de orientación a los usuarios, textos que formaron parte dicha resolución, y con fecha 31 de marzo de 1999 se publicó en el diario oficial el Peruano, el proyecto de directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones y su exposición de motivos, conforme lo dispuso la resolución de Presidencia N° 026-99- PD/OSIPTEL de fecha 30 de marzo de 1999.

Esta directiva comprendía, “Reglamentos referidos a los mecanismos procesales para la atención de reclamos de los usuarios del servicio público de telecomunicaciones a ser aplicados por las empresas operadoras y a la atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones en caso hayan sido denegados por las empresas operadoras.”¹⁰³

¹⁰³ RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO N° 015-99-CD-OSIPTEL. DIRECTIVA QUE ESTABLECE LAS NORMAS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE ATENCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, Lima, 23 de julio de 1999

OSIPTEL es competente para tipificar infracciones y determinar las sanciones correspondientes, en materias de su competencia exclusiva, en ese sentido y “teniendo en consideración las diversas obligaciones contenidas en las disposiciones de la Directiva de Reclamos, resulto necesario determinar en forma puntual, los tipos de infracciones y las sanciones que serían aplicables a las empresas operadoras en caso de incumplimiento a las referidas disposiciones.”¹⁰⁴

En lo establecido en el artículo 3º de la Ley marco de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos, aprobada por Ley N° 27332 y modificada en parte por la Ley N° 27631, el OSIPTEL tiene función normativa, que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, y otras de carácter general referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de usuarios, así como la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones.

Asimismo, mediante resolución del consejo directivo N° 102-2010-CD/OSIPTEL de fecha 11 de setiembre de 2010, se publicó en el diario oficial El Peruano el proyecto de resolución que modifica la directiva, establece “ las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, con la finalidad que los interesados remitan a este organismo, sus comentarios y sugerencias al mismo;”¹⁰⁵ en esta modificatoria se establecía un régimen de infracciones y sanciones. En dicho régimen se dispone que las infracciones a las obligaciones contenidas en la mencionada directiva sean calificadas como leves y graves, atendiendo a la afectación que dichas infracciones generan en los abonados y/o usuarios, en el marco de un procedimiento de reclamo. Para tal efecto, en el artículo 56º se ha

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 006 -2012-CD/OSIPTEL, *Modificación De La Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios*, Lima, 13 de enero de 2012.obtenido [04-XI-2015] en: http://www.optical.com.pe/download/Modificacion_de_la_Directiva_de_Reclamos_-_Resolucion_006-2012-CD_OSIPTEL.pdf

dispuesto que los incumplimientos a las disposiciones contempladas en los artículos 5º (no exigir mayores requisitos a los establecidos para acreditar la condición de usuario), 6º (no exigir a los representantes mayores formalidades a las establecidas), 12º, 13º, 17º, 20º, 22º, 24º, 33º, 42º (a partir del tercer párrafo), 53º y 54º de la directiva de reclamos, constituyan infracción leve.¹⁰⁶

Esta tipificación se basaba en que el incumplimiento a las obligaciones contenidas en los citados artículos, afecta el adecuado trámite del procedimiento de reclamos, al estar referido a aspectos formales del mismo o a la importancia de la información que debe ser remitida por las empresas operadoras, como la obligación de difundir el procedimiento de reclamos, la formación del expediente administrativo, la remisión al TRASU de determinados documentos, sea en forma física o electrónica, entre otros.

En el artículo 57º se ha establecido que los incumplimientos a las disposiciones contenidas en los artículos 8º, 9º, 10º, 19º, 21º, 26º, 27º, 29º, 32º, 38º, 42º (primer párrafo) y 50º de la directiva de reclamos, constituyan infracción grave. El sustento para establecer la mencionada tipificación se encuentra en la importancia de brindar una protección mayor a los derechos reconocidos a los abonados y/o usuarios en estos artículos, como son, el derecho a que no se le suspenda o corte el servicio materia de reclamo, que se produzca la resolución del contrato de abonado cuando se encuentra en trámite un procedimiento de reclamos, así como el derecho a que no se le exija el pago del importe reclamado, entre otros.¹⁰⁷

Asimismo, esta tipificación ha obedecido a la mayor afectación que dichos incumplimientos podrían ocasionar a los abonados y/o usuarios, generando en muchos casos, desincentivos para iniciar un reporte o reclamo, continuar con el trámite del procedimiento o dificultando la labor resolutoria del TRASU. Finalmente, siendo que en la presente norma se han determinado los tipos de infracciones y las sanciones que serían aplicables a las empresas operadoras en caso de incumplimiento a la directiva de reclamos, resulta pertinente se

¹⁰⁶ *Ibíd*em

¹⁰⁷ *Ibíd*em

deroguen en forma expresa los artículos 47° y 49° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL y modificatorias.¹⁰⁸

2.4.2. Reglamento para la atención de reglamentos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

Este reglamento fue publicado en el Diario oficial el peruano el día jueves 14 mayo de 2015.

El Reglamento establece las disposiciones que obligatoriamente deberán aplicar las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones para la atención de los reclamos de usuarios. Asimismo, rige la actuación del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) en su función de resolver los recursos de apelación y las quejas presentadas por los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

Este reglamento contiene principios que en el Artículo 2°. - Principios que rigen la atención de reclamos “El procedimiento de atención de reclamos de usuarios establecido en el presente Reglamento se rige por los principios establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) y en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571). Asimismo, en él se encuentra en el Artículo 3°. - Vía previa ante las empresas operadoras La vía administrativa previa ante las empresas operadoras es obligatoria. De conformidad con lo dispuesto en el presente reglamento, el TRASU no admitirá recursos de apelación que no estén referidos a procedimientos culminados ante los órganos establecidos por las empresas operadoras”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Ibíd*em

¹⁰⁹ Reglamento Para La Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones, Ubicado El [5-Xi-2015] En : [Http://Www.Osiptel.Gob.Pe/Repositorioaps/Data/1/1/1/Par/047-2015-Cd-Osiptel/Reglamento-Atencion-Reclamos-Res047-2015-Cd.Pdf](http://www.Osiptel.Gob.Pe/Repositorioaps/Data/1/1/1/Par/047-2015-Cd-Osiptel/Reglamento-Atencion-Reclamos-Res047-2015-Cd.Pdf)

2.5. Etapas y plazos del procedimiento de reclamos por reclamo del usuario de Servicios de telecomunicaciones.

2.5.1. Primera instancia: La empresa operadora realizara el trámite en primera instancia bajo los siguientes plazos

El reclamo deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 31 y podrá ser presentado telefónica, personalmente o por escrito ante las empresas operadoras, mediante la utilización de formularios aprobados por OSIPTEL.

Reclamos telefónicos y personales: las empresas operadoras deberán llenar un formulario, de acuerdo al formato contenido en el anexo 1, 2 o 3, según sea el caso, con el nombre, fecha y firma de la persona que lo atendió, especificándose el número o código correlativo con el que se identificará el reclamo. Si el reclamo se realiza en forma personal, las empresas operadoras deberán entregar una copia del formulario con los datos completados al usuario. Si el reclamo se realiza en forma telefónica, el usuario deberá ser informado en el acto del número o código de reclamo y del lugar donde se encuentra a su disposición el formulario con los datos de su reclamo.

A) En cuanto al Objeto del reclamo, de acuerdo al artículo 28, de la directiva de reclamo de osiptel, del reglamento vigente: El usuario podrá presentar reclamos que versen sobre las siguientes materias:

1. Facturación: Montos que figuran en el recibo o comprobante de pago del servicio que se reclama y respecto de los cuales el usuario no reconoce el consumo o la utilización del servicio. No se incluyen dentro de este concepto, aquellas peticiones destinadas a cuestionar la legalidad de las tarifas.

2. Cobro: Montos cobrados al usuario por conceptos distintos a los oportunamente facturados o que el usuario desconoce por haber sido anteriormente pagados o los montos cobrados habiendo solicitado la baja del servicio sin que la empresa operadora hubiere cumplido con efectuarla o habiéndola efectuado realiza el cobro.

3. Calidad o idoneidad en la prestación del servicio: Problemas derivados de un inadecuado funcionamiento de la red y/o en el acceso a los servicios

brindados por la empresa operadora que generen insatisfacción del usuario; así como los problemas de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

4. Veracidad de la información brindada por la empresa operadora al usuario: Veracidad de la información brindada por la empresa operadora al usuario vinculada con la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

5. Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo o de la facturación detallada solicitada por el usuario.

6. Incumplimiento de ofertas y promociones vinculadas a la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

7. Suspensión, corte o baja injustificada del servicio: Suspensión, corte o baja injustificada del servicio o sin observar el procedimiento establecido en la normativa vigente, incluyendo el corte del servicio público móvil y/o bloqueo del equipo terminal móvil, por uso prohibido del servicio en establecimientos penitenciarios.

8. Instalación o activación del servicio: Incumplimiento de la empresa operadora en la instalación o activación del servicio que hubiere sido solicitado.

9. Baja o desactivación del servicio: Incumplimiento de la empresa operadora en ejecutar la baja o desactivación del servicio que hubiere sido solicitado.

10. Contratación no solicitada: Imputación por la contratación de un servicio público de telecomunicaciones u obligaciones de pago por la prestación del mismo, sin que el usuario haya solicitado o expresado su consentimiento para dicha contratación o Suplantación de identidad¹¹⁰

B) Ahora bien respecto a los plazos de resolución de los reclamos, según el artículo 54, de la directiva de reclamos de OSIPTEL: Los reclamos presentados

¹¹⁰ Ibídem

por los usuarios ante la empresa operadora serán resueltos en los siguientes plazos máximos:

1. Hasta en tres (3) días hábiles, contados desde el día siguiente de su presentación ante la empresa operadora, en reclamos por: a. Calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo la veracidad de la información brindada al usuario. b. Suspensión, corte o baja injustificada del servicio, incluyendo el corte del servicio público móvil y/o bloqueo del equipo terminal móvil, por uso prohibido del servicio en establecimientos penitenciarios. c. Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo o de la facturación detallada solicitada por el usuario.

2. Hasta en quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente de su presentación ante la empresa operadora, en reclamos por:

a. Facturación cuyo monto reclamado sea de hasta 0.5% de la Unidad Impositiva Tributaria.

b. Tarjetas de pago.

c. instalación o activación del servicio.

d. Traslado del servicio.

3. Hasta veinte (20) días hábiles, contados desde el día siguiente de su presentación ante la empresa operadora, en los demás casos. Para las materias de reclamo que hayan sido previstas en otras normas, se aplicará el plazo que haya sido señalado en las mismas, en caso contrario, se regirán por el plazo mayor que establece el presente reglamento.

2.5.2. Segunda instancia: La apelación será analizada por el tribunal administrativo de Solución de Reclamos a Usuarios- TRASU, instancia administrativa final.

El usuario que no estuviere de acuerdo con el íntegro o con parte de la resolución emitida por la primera instancia podrá interponer recurso de apelación ante la empresa operadora.

El plazo para interponer el recurso de apelación no deberá exceder de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación al usuario de la resolución de primera instancia.¹¹¹ Es así que en este artículo el procedimiento de reclamos de usuarios no procede recurso de reconsideración contra la resolución de la primera instancia. De ser presentado, corresponde a la empresa operadora reconducirlo y darle el trámite de un recurso de apelación. Esta disposición es aplicable a procedimientos cuyo objeto de reclamo haya sido regulado en otras normas del OSIPTEL.

Es así que en esta segunda instancia se deberá tener unos requisitos,¹¹² que el usuario deberá presentar en un recurso de apelación ya sea ante casos como facturación. Cobro, calidad o idoneidad en la prestación del servicio. Veracidad de la información brindada por la empresa operadora al usuario. Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo o de la facturación detallada solicitada por el usuario. Incumplimiento de ofertas y promociones vinculadas a la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Suspensión, corte o baja injustificada del servicio. Contrataciones no solicitadas o Cualquier materia relacionada directamente con la prestación del servicio público de

¹¹¹ Artículo 58 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

¹¹² Artículo 59.- Requisitos para la presentación del recurso de apelación El recurso de apelación interpuesto por el usuario deberá contener los siguientes requisitos: 1. Nombres y apellidos completos del usuario y el número de su documento legal de identificación (Documento Nacional de Identidad, Carné de Extranjería, Registro Único de Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia 10/07/2015 12:16:16 p.m. Página 22 Actualizado al: 28/05/2015 Contribuyentes). El recurso de apelación presentado por representante, deberá consignar, adicionalmente, los datos de éste. 2. Número o código del reclamo. 3. Número o código del servicio o del contrato de abonado. 4. Número de la carta que resuelve el reclamo o resolución que se impugna y su fecha de emisión. 5. Solicitud expresa y clara al TRASU, así como los fundamentos que motivan la interposición del recurso; y, 6. Fecha y firma del usuario o del representante, de ser el caso.

telecomunicaciones contratado, así como otras materias que señale el Consejo Directivo del OSIPTEL.

Por ende, también en esta segunda instancia se debe cumplir con la forma de presentación del recurso de apelación, podrá ser interpuesto por el usuario¹¹³: en cuanto a la remisión del recurso de apelación al TRASU¹¹⁴ el recurso de apelación, la empresa operadora cuenta con un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de su presentación, para elevarlo al TRASU conjuntamente con sus descargos y el expediente correspondiente, organizado formalmente conforme a lo dispuesto en el artículo 77.

Ante ello La obligación de la empresa operadora de elevar el recurso de apelación al TRASU no será exigible cuando, dentro del plazo previsto en el artículo anterior, aquélla hubiere acogido en su integridad la pretensión del usuario contenida en su recurso de apelación ¹¹⁵(...). Adicionalmente a lo dispuesto en el artículo anterior, las empresas operadoras deberán contar con un registro de solución anticipada de recursos de apelación¹¹⁶. Es así que las empresas operadoras están obligadas a cumplir con la solución anticipada aceptada por el usuario con anterioridad a la elevación del recurso de apelación. A solicitud y/o denuncia de un usuario, la Secretaría Técnica adjunta del TRASU evaluará el cumplimiento de la solución anticipada aceptada por el usuario con anterioridad a la elevación del recurso de apelación.¹¹⁷

¹¹³ El recurso de apelación podrá ser interpuesto por el usuario a través de los siguientes medios: 1. Telefónica o personalmente: La empresa operadora deberá llenar el formulario correspondiente, de acuerdo al formato contenido en el Anexo N° 2 respectivo. En los casos de recursos de apelación realizados vía telefónica, en la misma comunicación, las empresas operadoras deberán proporcionar al usuario el número o código correlativo de identificación del recurso. En los casos de recursos de apelación presentados personalmente, una copia del formulario, con el sello de recepción de la empresa operadora y con los datos completos, deberá ser entregada al usuario. 2. Por escrito: El usuario deberá presentar el escrito conteniendo el recurso de apelación, en original y copia. En la copia del recurso, que constituye la única constancia de su presentación, la empresa operadora deberá consignar: la fecha de su presentación, el nombre y apellidos de la persona que lo recibió, el sello de recepción de la empresa operadora y el número o código correlativo de identificación del recurso.

¹¹⁴ Artículo 61.- Remisión del recurso de apelación al TRASU

¹¹⁵ Artículo 62.- Solución anticipada de recursos de apelación

¹¹⁶ Artículo 63.- Registro de solución anticipada de recursos de apelación

¹¹⁷ Artículo 64.- Cumplimiento de la solución anticipada de recursos de apelación

En cuanto a los medios probatorios el TRASU,¹¹⁸ se encuentra facultado para ordenar la actuación de medios probatorios en segunda instancia, así como para requerir a las partes información adicional relacionada con la materia de reclamo. La empresa operadora está obligada a remitir la información solicitada por el TRASU dentro del plazo establecido. Adicionalmente, el TRASU podrá solicitar a otros órganos públicos o privados los informes, dictámenes, opiniones u otros que considere pertinentes. En dichos supuestos, el plazo para resolver quedará suspendido hasta el vencimiento del plazo otorgado para la citada actuación o para la remisión de la información solicitada. En ningún caso, el costo para la obtención de dichos medios probatorios será trasladado al usuario. El recurso de apelación presentado por el usuario será resuelto por el TRASU en los siguientes plazos máximos¹¹⁹: 1. Hasta quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de recibido el recurso por el TRASU, en los reclamos por: a. Suspensión, corte o baja injustificada del servicio, incluyendo el corte del servicio público móvil y/o bloqueo del equipo terminal móvil, por uso prohibido del servicio en establecimientos penitenciarios. b. Tarjetas de pago. c. Traslado del servicio. d. Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo o de la facturación detallada solicitada por el usuario. 2. Hasta veinticinco (25) días hábiles, contados a partir del día siguiente de recibido el recurso por el TRASU, en los demás casos. Cuando la complejidad en la tramitación de un expediente lo amerite, el TRASU podrá, por una sola vez, ampliar en veinte (20) días hábiles adicionales el plazo para resolver. Para las materias de reclamo que hayan sido previstas en otras normas, se aplicará el plazo que haya sido señalado en las mismas, en caso contrario, se regirán por el plazo mayor que establece el presente Reglamento. Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia.

El usuario podrá considerar denegado su reclamo¹²⁰, a efectos de solicitar el pronunciamiento del TRASU o de interponer la correspondiente demanda ante

¹¹⁸ Artículo 65.- Actuación de medios probatorios

¹¹⁹ Artículo 66.- Plazo de resolución

¹²⁰ Artículo 67.- Silencio administrativo negativo

el Poder Judicial, en el supuesto que, transcurrido el plazo establecido en los artículos 36 y 66, dicho órgano no hubiere emitido y notificado la resolución que resuelve el recurso de apelación presentado.

Incumplimiento en la elevación de los recursos de apelación el usuario podrá presentar al TRASU una comunicación escrita, adjuntando copia de la resolución impugnada y de la constancia de presentación del recurso de apelación (para recursos personales, por escrito o vía página web) o la fecha de su presentación (para recursos telefónicos), así como la documentación sustentatoria que estime pertinente; en el supuesto que, transcurrido el plazo establecido en el artículo 61, la empresa operadora no hubiera cumplido con elevar a dicho órgano el recurso de apelación.¹²¹

En estos casos, el TRASU podrá presumir que la empresa operadora ha reconsiderado su decisión y reconocido el sustento del reclamo del usuario, declarando a favor del usuario el reclamo presentado. Lo señalado en este párrafo no será aplicable cuando el reclamo o el recurso hayan sido interpuestos contraviniendo lo dispuesto en el presente Reglamento.

Por ello las Comunicaciones dirigidas al TRASU¹²² Toda comunicación dirigida al TRASU deberá realizarse por escrito y encontrarse referida a un procedimiento de reclamo en trámite ante dicho Tribunal.

¹²¹ *Ibíd*em

¹²² Artículo 69.- De ser el caso, las partes deberán consignar en el escrito el número de expediente asignado por el TRASU. El TRASU no se encuentra obligado a pronunciarse respecto de aspectos ajenos a los procedimientos que viene conociendo o que ya hubieren concluido.

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA OFRECER Y PRODUCIR PRUEBAS DENTRO DEL RECLAMO POR DESCONOCIMIENTO DE TITULARIDAD.

Se realiza un análisis profundo de decisiones o fallos provistos por OSIPTEL, respecto a la prueba pericial como garantía al acceso de la justicia administrativa y fallos de la Corte Superior de Justicia a propósito de los casos suplantación de identidad, como la eliminación del costo de la prueba pericial como garantía de acceso a una efectiva tutela de derechos de los servicios en telecomunicaciones.

3.1. El principio de gratuidad en procedimiento administrativo

Comencemos esta parte de la investigación precisando que hoy en día nadie niega el derecho que tienen los administrados de llevar un procedimiento administrativo a título gratuito, ya que es una garantía para estos últimos, para la formación de las decisiones administrativas que puedan afectar sus derechos subjetivos.

Por el principio de gratuidad se entiende, que existe una debida innecesidad de comparecer ante la administración mediante representante o asistencia letrada, se mantiene que el procedimiento administrativo es gratuito, por no generar, en principio, gastos para el interesado¹²³.

Ante todo, ello el principio de gratuidad, proporciona a los administrados un mayor acceso a la justicia, pues procura responder a las necesidades sociales que el usuario o administrado pueda estar inmerso. Asimismo, lo que busca el principio de gratuidad será, que los administrados que no disponen de capacidad económica obtengan acceso a la justicia.

¹²³ ZAMBONINO PULITO, María. *Principio de gratuidad en Derecho Administrativo*, Ubicado el [07.V.2018]. Obtenido en: <https://www.derecho-administrativo.com/2013/02/principio-de-gratuidad.html>

Ahora bien, la base fundamental de este principio lo encontramos en dos principios como son la igualdad y la justicia, el primero porque, todos debemos ser tratados como iguales entre iguales, por ello la gratuidad trata de eliminar los obstáculos de los que menos tienen para acceder a la justicia. En el segundo caso, en tanto asumir un costo en dichas circunstancias de escasez económica, se considera como una limitante para el acceso a los órganos encargados de impartir justicia.

Las medidas dentro de las cuales se enmarca el principio se encuentran principalmente en dos aspectos: en cuanto a la representación y en cuanto al costo del procedimiento propiamente¹²⁴.

El principio de gratuidad lo que espera en cuanto al costo, es que la administración pública o el prestador de un servicio no requiera previamente el cobro de una tasa por el ejercicio legítimo de un derecho, pues, el ejercicio del derecho no debería estar condicionado al costo.

La no observancia de este principio llevaría a segmentar a los administrados o usuarios de un servicio, ya que se tendría un primer grupo que por su capacidad económica podrían pagar para ejercer tales derechos, mientras que por otro lado se tendría a aquellos (los que no pueden pagar), que no cuentan con la suficiente capacidad económica y que no podrían ejercer tales derechos si se encontraran, por ejemplo, ante un caso de contrataciones no solicitada: como es el caso de Imputación por la contratación de un servicio público de telecomunicaciones u obligaciones de pago por la prestación del mismo, sin que el usuario haya solicitado o expresado su consentimiento para dicha contratación, lo que debe ser materia de investigación.

Así se puede decir, que el principio de gratuidad se fundamenta respecto al costo en la justicia administrativa, ya que es concebida de manera gratuita, esencialmente como un servicio a la población y no como una fuente de

¹²⁴ DEL SOL PEREZ, D & SANCHEZ HERNANDES, S. *Los Principios Constitucionales en los procedimientos administrativos especiales*. Tesis para optar el grado de Licenciadas en Derecho. Costa Rica, UDCR, 2000 Ubicado el [07.V.2018]. Obtenido en: file:///C:/Users/HP/Downloads/principios_del_derecho_administrativo.pdf

financiamiento de carácter lucrativo, aprovechando las relaciones de poder de la administración frente al administrado o usuario.

3.2. Decisiones o fallos provistos por OSIPTEL, respecto a la prueba pericial como garantía al acceso de la justicia administrativa y fallos de la Corte Superior de Justicia a propósito de los casos suplantación de identidad.

En este apartado analizaremos diversos extractos de expedientes referidos por una empresa concesionaria en telecomunicaciones como Movistar, que nos ayudaran a entender la importancia referida a la prueba como derecho constitucional.

Así, tenemos el Expediente administrativo TM-R-O-2471156-2013¹²⁵, en donde la empresa Movistar, empresa en telecomunicaciones, declara, IMPROCEDENTE, el reclamo solicitado por el usuario ZAMORA RIVAS JOHNY EDGAR, en la cual éste último emite un reclamo por desconocimiento de Contrato, a través del formulario de reclamo de telefonía móvil, con código MBO-310-2471156-2013¹²⁶; precisando a través del formulario, *“Que, nunca solicitó ni autorizó a terceros activación de este servicio postpago; por lo cual solicita investigación por fraude y reclama anular deuda total más moras ya que no le corresponde, ya que se enteró de dicho suceso, a intentar comprar un teléfono móvil, por lo que la empresa asegura que ya contaba con una línea móvil de postpago con número 979652219, número que éste desconoce.*

Asimismo, en el EXPEDIENTE N° 04987-2013 TRASU/ST-RA RECURSO DE APELACION RESOLUCIÓN FINAL.¹²⁷” El reclamante manifiesta su disconformidad con el cobro del servicio generado por los recibos de mayo,

¹²⁵ RESOLUCIÓN TM-R-O-241156-2013/ Notificación emitida por Movistar

¹²⁶ código MBO-310-2471156-2013- FORMULARIO DE RECLAMO SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL

¹²⁷ EXPEDIENTE N° 04987-2013 TRASU/ST-RA RECURSO DE APELACION RESOLUCIÓN FINAL.”

junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2009 y enero de 2010, señalando que nunca contrató la línea telefónica ; por tanto, no usó el servicio.”. Del mismo, modo lo encontramos en el EXPEDIENTE N° 905-2008¹²⁸, expedido por la Corte Superior de Justicia de Lima, por la cuarta sala especializada en lo contencioso administrativo, en donde a través de una sentencia con resolución número diecisiete con fecha 14 de diciembre de 2009; la sala declara fundada la demanda, interpuesta por Mayra Rosa Angelina Aguilar Sobrevilla, y en consecuencia Nula, la resolución N°2027-R-A-01852-2006/PMC como la Resolución N°17, del 24 de agosto de 2007 emitidas por Telefónica S.AA y el Tribunal Administrativo de Resolución de Reclamos de OSIPTEL, pues, en el Segundo Considerando, Mayra Rosa Angelina Aguilar Sobrevilla en calidad demandante, demanda a OSIPTEL, sosteniendo, nunca ha solicitado la instalación de la línea telefónica N°4318620 ni ha tenido ninguna relación contractual con alguna agencia de ventas.

En consecuencia, afirma que no debe imputársele ningún tipo de responsabilidad contractual con la agencia de ventas. Añade que el hecho concreto es que Telefónica pretende obtener ventajas económicas ilegalmente. Por ello, se puede decir que OSIPTEL, en lugar de adoptar los medios adecuados a fin de establecer si efectivamente la empresa concesionaria ha investigado el aparente fraude del que han sido objeto junto a la administrada; ha preferido ampararse en una cuestión de competencia, de carácter netamente formal; dejando de lado los principios que rigen el derecho administrativo, como el principio de verdad material¹²⁹, en salvaguarda de los derechos administrativos.

Por lo demás, se presenta un acto emitido por Telefónica del Perú con posterioridad a la finalización del procedimiento administrativo dirigida a la

¹²⁸ EXPEDIENTE N° 905-2008 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA CUARTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

¹²⁹ Principio de verdad material [...] En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también interés público.

usuaria, en la que la empresa concesionaria señala que habiendo realizado investigaciones correspondientes han determinado que se trataría de un caso de suplantación de identidad, realizada por terceros, por lo que ordenan el retiro de la línea telefónica y la cancelación de la factura correspondiente.

Ahora bien, respecto a la prueba, el Tribunal Constitucional ha señalado con (Sentencia N°- 010-2002-AI/ TC, FJ 133-135),¹³⁰ que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución¹³¹.

Una de las garantías necesarias en un proceso es la de la presentación de los medios probatorios que posibilitaran crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de los argumentos que presentan ambas partes. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales- límites extrínsecos, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión- límites intrínsecos.

El reconocimiento del derecho a la prueba en la normativa es restringido, y es relacionada casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: “la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite de la Constitución, y también es estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11 inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso 2, del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³²

Por ende, se puede decir que el derecho a la prueba dentro de los límites y alcances de la Constitución y de las leyes reconocen, los medios probatorios

¹³⁰ EXPEDIENTE N° 4831-2005-PHC/TC.

¹³¹ CESPEDES ZAVALETA, Adolfo. *La prueba en el Procedimiento Administrativo*, Gaceta Jurídica S.A, Perú, 1 era edición, 2011.pg 29

¹³² *Ibíd*em

pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable presenta a su favor. Es así, que este derecho representa un derecho básico que configura su pretensión o defensa. Asimismo, podemos decir que este derecho hace referencia a que las partes como también un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tengan el derecho de producir pruebas que serán necesarias con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su defensa o pretensión. El tribunal Constitucional en la STC N°06712-2005/HC/TC, FJ 15, que: por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia.¹³³

Entonces podemos decir, que la valoración de la prueba debe estar debidamente fundamentada o motivada por escrito, para que el A quo, pueda corroborar si dicho mérito ha sido debidamente realizado, por tanto, cuando se omiten dichos medios probatorios, para valorar una prueba presentada por las partes, comportará una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso.

Ahora bien, con referencia al expediente 05066-2009-PHC/TC, el tribunal menciona, que se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia.”¹³⁴

Ya tomamos como precedente la importancia referida a la prueba como derecho constitucional, en la que el tribunal Constitucional se basó, ahora bien, para

¹³³ *Ibíd*em

¹³⁴ STC del 20 de Enero del 2010. [*Expediente número 05066-2009-PHC/TC*]. [Ubicado el 4.v 2016] Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05066-2009-HC.html>

desarrollar mucho mejor la importancia que tiene la valoración de la prueba frente a los casos de suplantación de identidad, profundizaremos nuestro análisis en los fallos dados por la Corte Superior de Justicia de Lima.

En el expediente N°965-2008¹³⁵, *la demandante sostiene que nunca ha solicitado la instalación de la línea telefónica N° 4318620, ni ha tenido ninguna relación contractual con alguna agencia de ventas. En consecuencia, afirma que no debe imputársele ningún tipo de la responsabilidad contractual con la empresa.* Respecto a este caso cabe decir que la Corte Superior de Justicia de Lima hizo el análisis debido, y determinó que hubo una conducta arbitraria por parte de OSIPTEL, ya que este último en lugar de adoptar los medios adecuados a fin de establecer si efectivamente la empresa concesionaria ha investigado el aparente fraude del que han sido objeto junto a la usuaria; ha preferido ampararse en una cuestión de competencia; dejando de lado los principios que rigen el derecho administrativo, como el principio de verdad material¹³⁶, en salvaguarda de los derechos de los administrados. Posición en la cual estamos de acuerdo toda vez que dichas entidades administrativas cometen vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso.

Asimismo, tanto telefónica como OSIPTEL, antes que finalice el procedimiento administrativo, prefirieron no amparar la pretensión de la usuaria; a realizar las investigaciones del caso, en aplicación del principio de verdad material. Por el contrario, pese a la negativa de la usuaria tanto la concesionaria como OSIPTEL optaron por seguir imponiendo las condiciones del supuesto acuerdo, vulnerando así la autonomía de la voluntad de la administrada y su derecho a la libre contratación.

¹³⁵ Sentencia de la Cuarta Sala Especialidad de la Corte Superior de Justicia de Lima del 14 de diciembre de 2009 (Exp. N° N°965-2008).

¹³⁶ Principio de verdad material.- [...] En el caso de procedimientos trilaterales la autonomía administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

Por ende, en este particular caso, a fojas 111 del expediente principal, obra un acto administrativo emitido por Telefónica del Perú con posterioridad a la finalización del procedimiento administrativo dirigida a la administrada en el presente caso, demandante de fecha 17 de octubre de 2007, **la empresa concesionaria señala que habiendo realizado las investigaciones correspondientes han determinado que se trataría de un caso de suplantación de identidad realizada por terceros,**¹³⁷ por lo que ordenaron el retiro de la línea y a cancelación de la factura correspondiente. En ese sentido la corte suprema en cuanto a dicha Litis, refiere que tales derechos de la administrada han sido vulnerados, por OSIPTEL.

Ahora bien, en la casación N° 8125-2009,¹³⁸ en la cual la sala de derecho constitucional y social transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, ante todo se basa en que el ordenamiento jurídico constituye un todo ideal unitario, en la cual el juzgador al momento de resolver la controversia sometida a su conocimiento debe asegurarse de aplicar la norma jurídica que resulte pertinente al caso concreto, luego de haberla armonizado orgánica y lógicamente con el resto del ordenamiento jurídico.

En atención a ello, la Corte Suprema, considera que la facultad para declarar la nulidad de las resoluciones y actos administrativos, contemplada en el artículo 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, aun cuando dicho artículo no lo señale expresamente, debe ejecutarse en armonía de lo preceptuado en el inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la de la misma norma, el cual refiere que: ***“Los administrados gozan de todos de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrado, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho...”***

¹³⁷ La suplantación de identidad.- Se define como “uso indebido de identificaciones personales e información confidencial y privada por medio de vías físicas, informáticas, electrónicas y de telecomunicaciones para ejecutar actividades ilícitas perjudiciales.

¹³⁸ Casación de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Corte Suprema de Justicia de la Republica de Lima del 17 de Abril de 2012 (Cs. N° 8125-2009).DEL SANTA

Por ello, la Corte Suprema de la Republica, frente a un debido procedimiento administrativo pretende garantizar, derechos en beneficio de los administrados basándose en 3 grandes principios administrativos como son: en el 1) Debido procedimiento administrativo- a exponer sus argumentos, 2) Ofrecer y producir pruebas, 3) A obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Conforme lo señala el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹³⁹, debemos precisar entonces que en cuanto: **Al derecho de los administrados a exponer sus argumentos**, está referido al derecho de los administrados a ser oído, por la autoridad a cargo del procedimiento a fin de garantizar su derecho defensa, por lo que, a su vez, comprende el derecho a la publicidad del procedimiento y de los actuados en el mismo, oportunidad de expresar argumentos antes de la emisión del acto administrativo, derecho a contar con el patrocinio de un letrado y el derecho a interponer los recursos administrativos que sean pertinentes; así, tenemos: **El derecho a ofrecer y producir pruebas**, aquí la corte Suprema de Justicia, menciona que existe una relación con los principios del derecho administrativos de impulso de oficio y verdad material, regulados en la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁴⁰, y en virtud de los cuales en el marco de un procedimiento

¹³⁹ Título Preliminar de Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444

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:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

¹⁴⁰ Título Preliminar de Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444

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:

(...)

1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

(...)

administrativo, la actividad probatoria no es exclusiva de los administrados que son parte del procedimiento, sino que vincula también a la administración, pudiendo afirmarse que es esta última quien tiene la carga de la prueba.

En ese sentido, comprende el derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida en el ámbito del procedimiento, derecho a que la producción de la prueba sea efectuada antes que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión, derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración y derecho a que se aplique los principios de carga de la prueba específicos para el ámbito del procedimiento administrativo; tenemos también: **El derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho**, constituye a su vez uno de los requisitos para la validez del acto administrativo, según lo señalado en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley N° 27444¹⁴¹, el mismo que dispone que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Entonces estos tres importantes principios son de gran importancia dentro de un procedimiento administrativo, pues, la administración debe presentar los principios antes expuestos por la corte de un proceso administrativo, para así, no vulnerar el debido procedimiento administrativo del administrado, y por ende su derecho de defensa de éste, frente a casos de suplantación de identidad con las empresas concesionarias operadoras.

Aunado a ello, los administrados pueden pedir la nulidad de dichas resoluciones en donde, creen que están ante un caso de suplantación de identidad, por nunca haber realizado un contrato con empresas concesionarias operadoras, pero sólo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso

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

¹⁴¹ Título Preliminar de Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme.¹⁴² Si bien el numeral 1 del artículo 202¹⁴³, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece la facultad de la administración para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos, dentro del procedimiento ya iniciado y no en uno distinto, ello de ninguna manera autoriza a que la administración sobre todo cuando se trate de procedimientos en los que se encuentran en conflicto derechos fundamentales, soslaye garantías procesales o los principios del procedimiento administrativo los cuales son de obligatorio cumplimiento tanto para el administrado como para la administración, dado que el cumplimiento cabal de tales exigencias constituye garantía de respecto del principio del debido procedimiento administrativo establecido en el inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la precipitada Ley; lo contrario implicaría admitir un ejercicio abusivo de la facultad de la administración de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos, argumentando que éstos se encuentran viciados con alguna de las causales contempladas en el artículo 10 referido, abuso que se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto, de acuerdo al artículo 202 numeral 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se debe tener en cuenta que: “(...) no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que, además, deben agraviar el interés público, lo que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado porque exige que para ejercer la potestad de nulificar de oficio sus propios actos, la administración determine, previa evaluación, el perjuicio para los intereses públicos que le

¹⁴² Artículo 202.- Nulidad de oficio
(...) Artículo 202.5.

¹⁴³ Artículo 202.- Nulidad de oficio 202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público

competente tutelar o realizar”¹⁴⁴. En tal sentido, cabe señalar que el interés público es un concepto jurídico genérico con contenido y extensión variable¹⁴⁵, que tiene que ver con aquello que beneficia a todos como comunidad, por ello se afecta cuando el acto viciado tiene repercusiones no solo en un reducido grupo de personas sino en la colectividad¹⁴⁶.

El interés público se concreta y especifica cuando la administración actúa en el campo de sus potestades, teniendo como requisito *sine qua non* la motivación de sus decisiones, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad, puesto que la administración está obligada a justificar las razones que imponen determinada decisión, de una manera concreta y específica y no como una mera afirmación o invocación abstracta de la afectación del “interés público”¹⁴⁷, ya que de lo contrario se incurriría en una “mera apariencia con la que muchas veces se busca justificar un exceso o una desviación en el ejercicio del poder”.

En la presente resolución, se corrobora con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N°4289*2004-AA/TC:”
“(…) El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables y, por tanto, están garantizando, no sólo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto-por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (…) El fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo, encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la carta Magna, de modo que si la administración

¹⁴⁴ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Nueva Ley N° 27444. En comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda parte. Ara Editores. Lima, 2003, pg. 258.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03951-2007-PA/TC

¹⁴⁶ ESCOLA, Héctor.” *El interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*”, Buenos Aires, 1989. Pg. 249

¹⁴⁷ Sentencia del tribunal Constitucional N° 03951-2007-PA/TC

*resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.*¹⁴⁸

3.3. La carga de la prueba en el procedimiento administrativo

3.3.1. La carga de la prueba en un procedimiento administrativo

La carga de la prueba, debe recaer fundamentalmente en la autoridad administrativa, y no en el administrado, pues, es la autoridad administrativa, la entidad quien se encuentra en mejor aptitud para probar, la de explicitar las razones por las cuales no le genera convicción lo aportado por el administrado. Dentro de un procedimiento administrativo la autoridad administrativa deberá analizar los principios que le son aplicables en aras del resguardo del interés público y de una eficiente tutela de los administrados. En ese sentido, contaremos con la presencia de medios probatorios dentro de un procedimiento administrativo como es el caso de la prueba instrumental, los informes administrativos, intervenciones de terceros y el peritaje.

En primer lugar, es necesario señalar que la actividad probatoria le corresponde fundamentalmente a la entidad administrativa, estableciéndose entonces en principio de que la carga de la prueba, es decir, la obligación de probar los fundamentos que sustentan la decisión, le corresponde a la administración y no a los administrados, sin perjuicio de permitirle a estos acreditar los hechos que alegan.¹⁴⁹

Debemos dejar en claro, que no es que no deban probar su pretensión, sino que la negativa de la administración debe estar debidamente acreditada en el supuesto en el que el administrado haya cumplido con todos los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos. Por ello es así que si la administración no despliega actividad probatoria es claro que ha tenido por verdaderos los hechos afirmados cobra especial importancia el

¹⁴⁸ Criterio que ha sido reiterado en las STC N° 08495-2006-PA/TC, 02732-2007-PA/TC, 03891-2011-PA/TC, 049944-2011-PA/TC.

¹⁴⁹ GUZMAN NAPURI, Christian. “La Carga de la prueba en el procedimiento administrativo”, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2011, p 36

principio de presunción de veracidad, por el cual la autoridad administrativa presume que el administrado dice la verdad, sin perjuicio de la fiscalización posterior.

El procedimiento administrativo la actividad probatoria es dirigido y alimentado por la administración, en aplicación de los principios en este caso en cuanto a los procedimientos administrativos trilaterales.

3.3.1.1. La aplicación del principio de impulso de oficio

La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General.¹⁵⁰ En consecuencia, la Administración debe orientarse hacia la resolución, que es materia de un determinado procedimiento, para la satisfacción del interés general.

En suma podemos decir que no podemos dejar al arbitrio de los administrados el seguimiento de los procedimientos administrativos, el impulso de estos es de oficio, de acuerdo al principio contenido en el inciso 1.3 del artículo IV del título Preliminar de la Ley.¹⁵¹ Acorde a este artículo, las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento administrativo y ordenar la realización o practica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias. Asimismo, en el artículo 145 de la Ley N°27444¹⁵², referida al deber de impulso de oficio que surge como consecuencia de la necesidad y obligación de la administración de cautelar el interés público. El debido proceso en sede administrativa, al permitir la tramitación adecuada y eficiente de los procedimientos, en beneficio de los administrados, genera la celeridad en la tramitación de los procedimientos administrativos.

¹⁵⁰ Artículo 162, inciso 162.1 de la Ley N° 27444.

¹⁵¹ Artículo inciso 1.3 del artículo IV del título Preliminar de la Ley Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

¹⁵² La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.

3.3.1.2. La oficialidad de la prueba

Se refiere a la búsqueda de la determinación, conocimiento y comprobación de los datos para poder emitir una resolución¹⁵³, por parte de la autoridad administrativa. Por lo que la administración tiene toda la obligación gran cantidad de datos para una motivada decisión.

Por ello, es así, que la administración posee la carga de la prueba de los hechos alegados o materia de controversia, a menos que considere que basta con las pruebas aportadas u ofrecidas por el administrado¹⁵⁴. En el artículo 159 de la Ley del Procedimiento Administrativo hace alusión a los actos que de oficio son realizados por la autoridad administrativa, a cargo del procedimiento de evaluación previa.¹⁵⁵

Esto nos lleva a señalar que los administrados también tienen la obligación de aportar todas las pruebas que sean pertinentes mediante documentos, informes, pericias, inspecciones y demás medios probatorios que servirán para la defensa de sus intereses. La administración entonces es la que debería soportar los efectos desfavorable de la falta de actuación probatoria si es que no hubiese tenido por ciertos los hechos alegados por las partes.¹⁵⁶

Por otro lado, una vez que la prueba ha ingresado al expediente, esta puede ser usada para favorecer a cualquiera de las partes, puesto que no pertenece a quien la aporta. Asimismo, en los procedimientos trilaterales, la administración tiene toda la capacidad para supervisar, y verificar la veracidad de los medios probatorios que son alcanzados por los interesados.

Esto implica que en el procedimiento administrativo trilateral la carga de la prueba le corresponde en principio a las partes, dada la especial naturaleza híbrida del citado procedimiento, que a veces se muestra intermedia entre el

¹⁵³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. Curso de Administrativo. Citado por GUZMAN NAPURI, Christian. *“La Carga de la prueba en el procedimiento administrativo”*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2011, p 40

¹⁵⁴ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2001. P-349

¹⁵⁵ Artículo 1159, inciso.1 de la Ley 27444

¹⁵⁶ GONZALEZ PEREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p.323

proceso judicial y el procedimiento administrativo bilateral o lineal. Entonces, la autoridad administrativa deberá declarar fundada dicha pretensión de aquel que logró probar los hechos alegados, teniendo en cuenta que la carga de la prueba corresponderá a quien se encuentra en mejor capacidad para probar, todo esto versa a que la prueba actuada se incorpore al expediente para que de tal manera permita su empleo de defensa a cualquiera de las partes a fin de sustentar su pretensión.

a) El caso de los procedimientos de oficio

El principio de oficialidad de la prueba se intensifica al máximo cuando nos referimos a procedimientos de oficio, y en especial, a procedimientos administrativos sancionadores. En estos casos, en tanto la iniciación del proceso es resultado del interés de la administración la autoridad administrativa tiene la obligación de efectuar la actividad probatoria necesariamente a fin de acreditar los hechos en los cuales sustentan su pretensión, a diferencia del procedimiento iniciado a pedido de parte en el cual puede prescindir de esta si es que los hechos y las pruebas aportadas por el administrado le generan convicción respecto a su veracidad. En este caso la carga de la prueba corresponde claramente a la autoridad administrativa.¹⁵⁷

En el procedimiento sancionador, en especial, el administrado puede prescindir por completo de toda defensa a la presentación de su descargo, fundamentalmente y el parte de pruebas en su favor-, sin que ello deba generarle perjuicio alguno, puesto que la autoridad instructora deberá realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para verificar los hechos.

3.4. El principio de verdad material

El principio de verdad material indica que en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando dichas

¹⁵⁷ GUZMAN NAPURI, Cristian. Op. Cit., p. 42

medidas hayan sido propuestas por los administrados o los mismos hayan acordado eximirse de ellas.¹⁵⁸

Lo que se entiende, la administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas y para averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal. Ello conlleva un principio de especial importancia en el ámbito de la actividad probatoria que es la oficialidad de la prueba.¹⁵⁹

3.5. La arbitrariedad del principio *solve et repete* frente a los gastos de actuaciones probatorias del administrado

Lo que se discutirá en este acápite es lo relacionado a los casos de suplantación de identidad en donde la autoridad administrativa es la que deberá soportar la carga económica, para ir en búsqueda de la verdad material, y no el administrado ya que éste último muchas veces está ante un caso de suplantación de identidad, por no haber gestionado nunca un contrato con algunas de las empresas concesionarias operadoras, pues, resulta un abuso económico que el administrado tenga que pagar dichas pericias, para demostrarle a la entidad administrativa que no es el sujeto quien contrató, sino es un tercero.

Por *solve et repete* se entiende al instituto legal en virtud del cual se establece una restricción a la revisión tanto judicial como administrativa –de actos administrativos emanados del ejercicio de funciones públicas–, restricción que además exige el deber de pagar previamente una suma de dinero establecida en la legislación y fijada en el acto administrativo cuestionado, para el acceso a dicha revisión¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Artículo IV, inciso 1, literal 1,11 del Título Preliminar de la Ley N° 27444

¹⁵⁹ GUZMAN NAPURI, Cristian. *Op. Cit.*, p. 43

¹⁶⁰ BEHM, Leonardo A. y Gustavo A. Mammoni, “*El solve et repete y la transformación del ‘pague y repita’ en ‘afiance y discuta’*, su incidencia en la provincia de Buenos Aires”, Suplemento La Ley, agosto 2013 N° 5, Buenos Aires, pg. 3.

Este principio se aplica, en los procesos administrativos contenciosos. La aplicación de este principio lleva a que el administrado tenga que desembolsar un pago frente a un valor reclamable, aun teniendo la razón, el administrado, deberá pagar una determinada suma de dinero para ejercer su derecho a la defensa y poder oponerse en el proceso administrativo en este caso ante un proceso judicial.

Si bien, 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 41º 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.¹⁶¹, pero **¿Qué sucede cuando estamos ante casos de Suplantación de identidad, deberá acaso OSIPTEL, tener medidas de seguridad jurídicas y por ende primar ante todo el principio de gratuidad**?, es pertinente referirnos a estos casos ya que en la actualidad estamos ante casos de suplantación de identidad en la cual diversas personas nunca han contratado con algunas de estas empresas operadoras tales como (movistar, claro y entel). Empresas operadoras que aún no tienen una debida seguridad jurídica para que los administrados ejecuten respectivos contratos con ellos.

Por ello la regla *solve et repete* o pago previo que se exige en un Procedimiento Administrativo, para que el administrado pueda ejecutar su reclamo, consideramos, es sí misma arbitraria e inconstitucional, pues deja al administrado en desventaja y en la imposibilidad de ejercer su derecho de defensa ante las instancias administrativas si carece del dinero necesario, para reclamar y para demostrar más aún que no es el titular de la línea contratada, por tanto también se atentaría contra el principio de gratuidad del procedimiento.

¹⁶¹ <http://www.munizlaw.com/normas/2012/Junio/02-06-12/SE%20osiptel.pdf>

Asimismo, citando a Fernández Lamela¹⁶², menciona que la exigencia del previo pago “es inconstitucional, pues es violatoria de principios fundamentales y básicos- cuál es el de la presunción de inocencia y el del acceso a la justicia. Por ello, el administrado, está definitivamente ante una vulneración de sus derechos constitucionales como sus principios, en este caso es un absurdo que al administrado se le pueda imponer estas normas como los gastos de actuaciones probatorias, contemplados en el Artículo 185.1 *“Los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que éstos deben pronunciarse; asimismo en el artículo; y 186.2 “La administración se abstendrá de contratar peritos por su parte, debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal o a las entidades técnicas aptas para dicho fin, preferentemente entre las facultades de las universidades públicas.”*¹⁶³.

Esto nos lleva a presumir que para demostrar la veracidad de una contratación que se encuentra ante un caso de suplantación de identidad,¹⁶⁴ los administrados deben soportar los gastos económicos de una prueba pericial,¹⁶⁵ para llegar a la verdad material la cual resulta arbitrario y abusivo toda vez que la Administración Pública debe en realidad soportar el gasto pericial y no el Administrado.

¹⁶² FERNANDEZ LAMELA, Pablo M. *“El solve et repete” es inconstitucional*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2001, p.11.

¹⁶³ Artículo 176.1 de la Ley Procedimiento Administrativo General- Ley 27444, *“Los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que éstos deben pronunciarse; 176.2 La administración se abstendrá de contratar peritos por su parte, debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal o a las entidades técnicas aptas para dicho fin, preferentemente entre las facultades de las universidades públicas.”*

¹⁶⁴ La suplantación de identidad de tipo físico, informático y de telecomunicaciones como nueva manifestación de las conductas antisociales, 2015 [ubicado el 18.VI 2015]. Obtenido en http://revista.cleu.edu.mx/new/descargas/1301/articulos/01_La_suplantacion_de_identidad_de_tipo_fisico_informatico_y_de_telecomunicaciones_como_nueva_manifestacion_de_conductas_antisociales.pdf

¹⁶⁵ BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. *“La Prueba en el Procedimiento Administrativo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2 edición, 2003 *“La prueba pericial supone la aportación al proceso del dictamen de aquella persona que, en expresión de la LECiv/2000, posee los “necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar los hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre los hechos”* p 289

Parecería ser, a nuestra impresión, que el regulador no ha caído en cuenta de esta modalidad de los delitos de suplantación de identidad, más aun en este tipo de contrataciones,¹⁶⁶ toda vez que ahora es más común escuchar sobre estos casos de suplantación de identidad en las contrataciones de servicios de telecomunicaciones; para salvaguardar este derecho de los administrados trataremos el debido procedimiento administrativo para ofrecer y producir pruebas en la directiva de reclamos del organismos supervisor de inversión privada en telecomunicaciones,¹⁶⁷En este orden de ideas, nos lleva a afirmar que la figura de la suplantación de identidad respecto a las contrataciones de Servicios de telecomunicaciones,¹⁶⁸ necesita mayores medidas de seguridad que ayudará tanto a la administración como a la persona afectada ante estos casos de arbitrariedades en la que cae las empresas operadoras, por no obtener medidas necesarias para identificar a la persona que contrato el servicio de telecomunicación.

Por tanto, la LPAG, necesitará modificar de plano los artículos 185.1; 186.2,¹⁶⁹ ya que es la administración quien deberá soportar los gastos de dichas actuaciones probatorias para demostrar la verdad material, y en cuanto al derecho que tiene el administrado para reclamar dichos contratos no ejecutados

¹⁶⁶ CIPRIANO PIRGO, Manuel. Las Telecomunicaciones en Perú: Algunos aspectos de su Regulación, 2015 [ubicado el 18.VI 2015].Obtenido en <http://www.teleley.com/revistaperuana/1Cipriano-53.pdf>

¹⁶⁷ OSIPTEL. Las Telecomunicaciones en el Perú: Mercado de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, OSIPTEL, Lima, 2004 *“Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, una entidad pública descentralizada encargada de regular y supervisar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, independiente de las empresas operadoras. El OSIPTEL está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Fue creado el 11 de julio de 1991 mediante Decreto Legislativo N° 702, e inició sus actividades con la instalación de su primer Consejo Directivo el 26 de enero de 1994”*.

¹⁶⁸ EXPEDIENTE N° 04987-2013 TRASU/ST-RA RECURSO DE APELACION RESOLUCIÓN FINAL.” *El reclamante manifiesta su disconformidad con el cobro del servicio generado por los recibos de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2009 y enero de 2010, señalando que nunca contrató la línea telefónica ; por tanto, no usó el servicio.”*

¹⁶⁹ Artículo 176.1 de la Ley Procedimiento Administrativo General- Ley 27444, *“Los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que éstos deben pronunciarse; 176.2 La administración se abstendrá de contratar peritos por su parte, debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal o a las entidades técnicas aptas para dicho fin.*

ante estas empresas operadoras, resulta, pues arbitrario, tenga que pagar una cantidad dineraria para ejecutarlo, reiteramos que el administrado está ante una vulneración al debido procedimiento administrativo por ir en contra sobre todo al principio de gratuidad, principio basado en aquellos procedimientos de reclamo de usuarios que se deben conducir de manera gratuita. La conclusión final a la que nos lleva la contemplación del escenario actual, no es otra que la necesidad que tiene la administración, de repensar aquel valor y función tan relevante que la gratuidad ha de jugar en la estructuración del procedimiento administrativo tanto en lo que concierne a los derechos de defensa del administrado como en lo que afecta a las exigencias de sencillez y simplificación administrativas.

3.6. La Eliminación del costo de la prueba pericial como garantía de acceso a una efectiva tutela de derechos de los servicios en telecomunicaciones

Debo empezar diciendo, que uno de los principales reclamos que se ve a menudo en las empresas de telecomunicaciones, son reclamos ya sean por cobro indebido, mala calidad en cuanto a los servicios, planes no contratados, o reclamos por suplantación de identidad siendo este último, un tema delicado y, bastante preocupante. Primero, porque aun las empresas en telecomunicaciones no tienen aún medidas de seguridad jurídica pulcras, para determinar la titularidad del usuario si contrato o no con la determinada empresa de telecomunicaciones, esto según la Ley N° 27444, en su artículo 185.1 demandan que los administrados o interesados, tendrán que proponer la designación de peritos a su costa; tal como la directiva de reclamos de OSIPTEL 2014 artículo 28, inciso 11; este artículo se subsume en las contrataciones no solicitadas: Imputación por la contratación de un servicio público de telecomunicaciones u obligaciones de pago por la prestación del mismo, sin que el usuario haya solicitado o expresado su consentimiento para dicha contratación (suplantación de identidad).

Ahora bien, la Ley N° 27444, en el Art.- 185.1, hace referencia que, para demostrar, si el usuario realizó o no, un contrato con la empresa, deberá demostrarlo mediante una prueba pericial, pero el usuario tendrá que asumir por cuenta propia el pago de las costas y costos que conlleva dicha prueba; entonces cabe preguntarnos. ***¿Por qué el usuario debería asumir previamente el costo de la prueba pericial, si es que efectivamente no ha realizado ningún contrato con el proveedor del servicio? ¿Acaso esto no constituye una lesión o vulneración para acceder a una tutela efectiva de su derecho como usuario?***

Pues bien, para responder esta primera problemática trataremos de identificar el Principio de Gratuidad, del que líneas arriba se ha mencionado. Solo nos tocará recordar lo que se entiende por principio de gratuidad; siendo este principio a título gratuito el cual debería afectar al debido procedimiento administrativo. Es por ello que el costo de la prueba pericial debería excluirse, para todas aquellas personas que no hayan realizado ningún acto jurídico expresando libremente su manifestación de voluntad, el cual se debería proteger de manera absoluta todo tipo de contrato protegiendo la identidad de los usuarios.

Por lo tanto, se puede entender que, dentro de la administración pública, las prestaciones de servicios a la comunidad no necesariamente son gratuitos, pero no deben limitar el acceso a la tutela de sus derechos, siendo este un derecho personalísimo de los usuarios o administrados. Por ello, la tutela efectiva del derecho del usuario o administrado, es uno de los derechos fundamentales y/o constitucionales que tiene todo sujeto de derecho (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, etc.), por ello que no se deben vulnerar este derecho que la misma Constitución Política del Perú los ampara. De tal manera no deben ser violados por prevalecer el principio de gratuidad como principio que garantiza el acceso a una tutela efectiva por parte del organismo regulador.

Debemos manifestar, que, al haber llegado a trabajar este tema de tesis, es porque nos encontramos aun con estos tipos de conflictos que en el ámbito

administrativo en cuanto a las contrataciones con las empresas en telecomunicaciones, sobre todo en la actualidad se siguen viendo casos de contrataciones no contratadas por el administrado.

En el año 2015, año en la cual aún no existían medidas de seguridad regulares decimos regulares, porque en la actualidad ya se adoptó una medida de seguridad jurídica de identidad que es la huella dactilar biométrica- era difícil reconocer al titular que supuestamente hace las contrataciones con diferentes empresas en telecomunicaciones, aunque ahora aún sigue latente la vulneración o la arbitrariedad de las contrataciones en cuanto a las llamadas de voz.

Se ha podido verificar que existen diversos expedientes de reclamos, como son los casos de suplantación de identidad que diversas personas no contrataron, pues, se les perjudico gravemente y económicamente ya que estos, para demostrar que no solicitaron ningún contrato con conocidas empresas, han tenido que sufrir la carga económica, gastando en pagos como especialistas en peritajes grafo técnicos, entre otros especialistas u/o otros medios de prueba para demostrar su verdad. Anteriormente ya se habló en el apartado 3.2 sobre los casos en donde el TRASU, y OSIPTEL han tenido reclamos por desconocimiento de titularidad, y que en esas épocas no tuvieron medidas de seguridad jurídica para salvaguardar, la transparencia de contratación legal de buena fe, recurriendo a mecanismos de identidad como los son ahora en la actualidad la huella dactilar biométrica¹⁷⁰, que respalda en parte la identidad del

¹⁷⁰ La biometría es la ciencia del análisis de las características físicas o del comportamiento, propias de cada individuo, con el fin de autenticar su identidad. En el sentido literal y el más simple, la biometría significa la "medición del cuerpo humano". El cual se caracteriza por tener numerosas aplicaciones y diversas técnicas, en entornos inteligentes con gran fiabilidad y robustez. El propósito es proporcionar soluciones de identificación de personas de forma más segura y con menos proporción de errores, superar las debilidades en cuanto a autenticación de los métodos basados en posesión (tarjeta de crédito, DNI) o conocimiento (passwords, etc.), porque se asientan en datos biométricos que no se pueden perder, robar, copiar, falsificar,

que contrata, se puede decir que en parte limitaron que terceras personas suplantarán la identidad de las verdaderas personas que supuestamente no contratan con dichas empresas, pero el problema de la seguridad jurídica para reconocer al verdadero titular sigue vigente, en las llamadas telefónicas en la cual vemos hoy en día no existe seguridad de identidad ya que solamente se enfocan en preguntar datos principales, como son el nombre, documento de identidad, fecha de nacimientos, preguntas sumamente paupérrimas, para identificar al futuro usuario; pero que a su vez no superan proteger la identidad de las personas, ya que deberían existir otros mecanismos para identificar al sujeto que hace la verdadera contratación; estos mecanismo podrían ser (video llamadas, o preguntas claves, para identificar si el titular es el que verdaderamente está realizando el contrato vía telefónica), para salvaguardar la identidad de estos.

Ahora bien, para comprender, el protagonismo que tiene la huella dactilar biométrica, en estos conflictos que tiene el administrado con las empresas concesionarias en telecomunicaciones, se puede entender en definitiva *“la huella biométrica”* es una medida que recientemente se ha implementado precisamente para evitar los casos de suplantación. Donde el anuncio del nuevo sensor de huellas dactilares en el último smartphone de apple, el iPhone 5S, los sensores biométricos vuelve a estar bajo escrutinio entre los profesionales de la seguridad de la información.

En especial porque el empleo de estas tecnologías entraría de lleno en la electrónica de consumo, y podría convertirse en algo de uso ubicuo para proteger información tan sensible como la que puede contener cualquier teléfono móvil hoy en día. Y así mismo también se puede ver en las supuestas

porque son y requieren la presencia de la persona. Además de lo anterior su conformación a través de un software adecuado, puede conducir a introducir una serie de variables aprovechables para la administración de los Recursos Humanos.

llamadas fantasmas donde realizan las operadoras y ofrecen un beneficio al usuario si asesorarse que él sea el propietario de dichas líneas, etc.

Siendo así que la biometría es el estudio de métodos automáticos para el reconocimiento único de humanos basado en rasgos físicos o conductuales intrínsecos a las personas. Los rasgos biométricos, como huellas dactilares, iris o retina ocular, voz, o incluso los latidos del corazón y las expresiones faciales, proporcionan beneficios en sistemas de identificación, tanto en comodidad y facilidad de uso, como en sus características inequívocas para cada persona. *Una huella puede ser escaneada con diversas tecnologías: Óptica, Ultrasónica, Capacitiva. Se utilizan multitud de algoritmos para obtener un valor inequívoco a partir de la imagen, basándose en características reconocibles, como patrones geométricos, distancias entre puntos, presión de los relieves, etc.*

Por ello, es evidente que la implementación de la huella dactilar biométrica ha sido introducida ante estos problemas de suplantación del usuario, incluso en los momentos de contratación del servicio. Y la necesidad que se tiene de implementar en el procedimiento de reclamos una medida o mecanismo adicional que garantiza la gratuidad del procedimiento para el usuario a través de la actuación de la prueba pericial, a fin de que logre una tutela efectiva de su derecho, sin que esto implique mayores gastos o costos para el usuario

En cuanto para determinar en qué casos no se aplicará el costo de la prueba pericial, debemos proceder en eliminar los costos de la prueba pericial en cuanto sea administrativamente para agilizar el procedimiento e identificar que esto fue por descuidos o aprovechamientos de terceros, donde buscan perjudicar al usuario haciendo la suplantación de nombres ya que dolosamente proceden a lucrar en beneficios de ellos mismos ya que los gastos de una prueba pericial, debe ser eliminada en su costo cuando se trata de negligencia por parte de la empleadora o empresa concesionaria en telecomunicaciones, que puede brindar servicios para el consumo del propio usuario., entonces en nuestra tesis, proponemos que los gastos en cuanto a los costes y costas para

el peritaje que dentro de un procedimiento administrativo se aplica, debería entonces la administración en este caso la empresa asumir con los gastos en cuanto al pago por los servicios de los peritos, debiendo OSIPTEL, también ampararse al principio de gratuidad, como los principios que rigen el procedimiento de atención de reclamos de usuarios, estos principios son principio de económica procesal, principio de transparencia, y el principio de presunción de veracidad, principios que deberán primar en un procedimiento administrativo de reclamo. Por lo tanto, si el usuario abusa de este beneficio, es decir, de no estar obligado a pagar la prueba pericial, pero, si el resultado final del procedimiento de reclamo le es adverso a través de los resultados de las pruebas periciales que adoptara la administración en este caso la empresa en telecomunicaciones, entonces, queda claro, que, si debería asumir el costo de dicha prueba, pero solo al final y una vez culminado el procedimiento de reclamo, mientras se cumplan los estándares o requisitos de un debido procedimiento administrativo.

Por ello, para que el usuario reclame por la suplantación de identidad no es necesario que previamente exista una resolución o pronunciamiento sobre el asunto, por ejemplo, tener una sentencia judicial que establezca que hubo suplantación de identidad, porque esto recurriría a gastos de dinero y tiempo y lo que se está buscando que administrativamente la entidad de la solución del caso presente, identificando la mala fe que haya incurrido la tercera persona y es por ello que las entidades debería tener un control de las personas que buscan dolosamente cometer un perjuicio y recaería a una sanción de indemnización por el daño cometido por parte de la entidad el cual se brinda el servicio por la negligencia cometida.

Pero si queremos facilitar y simplificar el reclamo del ciudadano, sería mejor establecer un procedimiento a nivel administrativo mediante el cual se pueda determinar que hubo suplantación de identidad, que sirva de base para la denuncia ya que es claro y fácil perjudicar al usuario culpando que fue quien hizo la aceptación por algún medio de comunicación es por ello lo que se busca

es una mayor seguridad de los filtros que dejan abiertamente donde los sujetos actúan de mala fe es por ello que al identificarse un problema de falsa suplantación de identidad, se debería buscar la solución administrativa para evitar ir a la vía judicial ya la prueba pericial sirve para identificar si hubo o no falsificación o suplantación de identidad, en la aceptación o en algún trámite en la administración pública ya que en la actualidad, el administrador de justicia requiere frecuentemente el aporte que en determinadas materias pueda ofrecerle un especialista en el tema, sobre algún conocimiento científico o técnico, para esclarecer una verdad, por intermedio del experto, quien a través de las aplicaciones de la ciencia, arte u oficio, la experiencia o el uso de pruebas técnicas, determinarán la veracidad sobre los puntos materia de controversia sobre un hecho determinado, la prueba pericial es un medio probatorio en donde el juez encuentra su mayor grado de convicción.

Ante todo, esto lo que se busca es dar la solución administrativa identificando al culpable del hecho y protegiendo los filtros con mejores alternativas y seguridad para todas las personas.

En definitiva, para mejor interés y buscar la verdad es importante la prueba pericial dentro y fuera del proceso administrativo, ya que ayuda a identificar al verdadero culpable y poder sancionarlos en la vía penal, lo que se debe es eliminar en la administración es el costo para poder agilizar los trámites porque hay muchas personas que son de escasos recursos económicos, para realizar la prueba pericial de algún trámite que identifique si fue el que supuestamente acepto o no contrato con estas empresas de telecomunicaciones. En consecuencia, Lo que se debería hacer es ayudar al procedimiento para evitar graves problemas y demoras en la solución del conflicto.

CONCLUSIONES

1. En cuanto al marco legal que rige la actuación del organismo supervisor de inversión privada de las telecomunicaciones en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, así como su objeto, funciones , facultades y principios de acción de competencia, podemos concluir que OSIPTEL, tendrá que Supervisar la calidad, eficiencia y la seguridad jurídica en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo las relaciones de las empresas operadoras con los usuarios; Aprobar las condiciones de uso y las cláusulas generales de contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones; Emitir directivas para la atención y solución de reclamos de usuarios.
2. Los Principios Administrativos en la Directiva que Establece las Normas Aplicables a los Procedimientos de Atención de Reclamos de usuarios de servicios Públicos de Telecomunicaciones, son de vital importancia, en tanto rigen al procedimiento administrativo en forma inmediata y directa, es así que los usuarios en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes, esto es referente al debido procedimiento administrativo, por ende respecto a la actuación de Pruebas en el Procedimiento Administrativo y su vinculación con el debido Proceso Administrativo la finalidad de la prueba atiende a la fijación formal de los hechos, la averiguación sobre la verdad de un hecho y la convicción judicial (en este caso de la autoridad en sede administrativa. Es así, que el Tribunal Constitucional menciona que el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.
3. En cuanto Decisiones o fallos provistos por OSIPTEL, respecto a la Prueba Pericial como garantía al acceso de la justicia administrativa y fallos de la Corte Superior de Justicia a propósito de los Casos Suplantación de

Identidad, se puede decir que respecto a la diversidad de casos de suplantación de identidad sigue aún enquistada en las contrataciones con las empresas en telecomunicaciones, por lo que se concluye que dentro de las empresas en telecomunicaciones, como MOVISTAR, y otras empresas no se acogen a un debido procedimiento administrativo para ofrecer y producir pruebas, ya que no es un tema que solo se remite al quebrantamiento de la autonomía de la voluntad de contratar, sino que, además se incurre en delito, por tratarse de una suplantación de identidad.

4. OSIPTEL, así como las empresas en telecomunicaciones en cuantos los contratos mediante llamadas, aún no cuenta con los medios de seguridad suficientes para salvaguardar la identidad de los administrados, para contraer un contrato con diversas concesionarias de telecomunicaciones, lo que es lamentable, toda vez que ocasiona un daño económico a la persona que no contrató. En consecuencia, deben adoptarse paulatinamente medidas tecnológicas que permitan evitar que en el futuro se sigan presentando casos similares que generen consecuencias jurídicas nocivas para la prestación del servicio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARTRA CAVERO, JOSE, *Procedimiento Administrativo. Ley del Procedimiento Administrativo General*, Perú, Huallaga editorial, 7ma edición, 2005.
- BREWER- CARIAS, Allan, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Legis, 1 edición, 2003
- BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. *“La Prueba en el Procedimiento Administrativo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2 edición, 2003
- BENTACOR RODRIGUEZ, A, *Las Administraciones independientes*, Madrid, Ed.tecnos, 1994.
- CESPEDES ZAVALA, Adolfo. *La Prueba en el Procedimiento Administrativo, La prueba y su regulación en el procedimiento administrativo general y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Perú, Gaceta Jurídica S.A, Primera Edición, 2011.
- DANOS ORDOÑEZ, Jorge; *El régimen de los contratos estatales en el Perú. Las concesiones de servicios públicos*, Perú, 2001
- DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. *Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios*. Lima: Jurista, 2004
- FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*, Bogotá, Temis, Tomo II, 1998, p.71
- GUZMAN NAPURI, Christian. *La Administración Pública y el Procedimiento administrativo General*. Lima, página blanca editores, 1 edición, 2004
- MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: *Gaceta Jurídica*, 2001,
- RODRÍGUEZ ARANA, José, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Ed. La ley, Madrid, 2004, pp.118-119. Citado

- TOVAR MENA, Teresa. *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*, Lima, Ara Editores E.I.R.L.,2006
- TOVAR GIL, Javier. *Discurso de Inauguración del Seminario. Las Telecomunicaciones y su impacto en el Desarrollo del País- A cinco años de la reestructuración del mercado*”, Lima, Swisshotel, 1999.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *Marco Institucional de las telecomunicaciones en el Perú*, Perú, Editorial Palestra, 2005
- VIRGALA FORURIA, E. *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*, Madrid, Ed. Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- MAGIDE HERRERO, M., *Limites constitucionales de las Administraciones Independientes*, Madrid, Ed.INAP-MAP, 2000.
- ESTUDIO EXEGETICO DEL D.L.701. *Tratado de Defensa de la libre Competencia*, Perú, pinkas Flint, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002
- VIGNOLO, Orlando. *Teoría de los servicios Públicos*, Perú, grijley E.I.R.I., primera edicion,2009 pg 266

Revistas

- OLAECHEA FLORES, JOSELYN. libre competencia versus regulación: sobre la aplicación del principio de supletoriedad en la nueva ley de represión de las conductas anticompetitivas – Irca, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* [ubicado el 17.VI 2015]. Obtenido en <http://servicios.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2011/JoselynOlaecheaFlores.pdf>
- LUNA RODRIGUEZ, Carlos Vladimir. “Las Políticas de competencia y la función regulatoria en los servicios públicos de telecomunicaciones”, *Actualidad Jurídica*, N° 163 junio 2007

- LOPEZ MATSUOKA, Jaime. La doble protección del Usuario de telecomunicaciones Deben el Osiptel y el indecopi regular simultáneamente?, *Actualidad Jurídica*, N°143 Octubre 2005

Referencias electrónicas

Libros

- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. V.P. de Zavallía: Buenos Aires, 1981, pág. 331 y 332. Citado por Osiptel Procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal. (Expediente N° ST/CD), Lima, 21 de octubre de 2008, p 17 ubicado el : [10-XI-2015] en : https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info_empresas/Solucion_controversias/Exp0022004CCOSTCD_inf0042008ST.pdf

Tesis

- ORDÓÑEZ ALCÁNTARA, Oswaldo Alberto. *El debido Procedimiento Administrativo en los Organismos Reguladores*, Tesis Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Civil y Comercial, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011. Disponible en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1192/1/ordonez_ao.pdf
- FARJE PALMA, Isaías Manuel. “Impacto de las decisiones políticas en la autonomía y gestión de los organismos reguladores de servicios públicos, caso osinergmin”, *Tesis Para optar el grado de Magister en Regulación de Servicios Públicos*, Lima, pontificia universidad católica del Perú, 2013. Disponible en http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5138/FARJE_PALMA_ISAIAS_MANUEL_IMPACTO.pdf?sequence=1

- PONCE ARQUEROS, Luis Manuel. *Regulación y Competencia para la Universalización de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones* , Tesis para optar el grado de maestro en derecho, Trujillo ,Universidad nacional de Trujillo, 2014.Disponible en <file:///C:/Users/ANGEL/Downloads/tesisluisponce1-140925173109-phpapp02.pdf>
- VALLADARES RUGEL, Claudia Sarita. “Régimen sancionador en el sector de telecomunicaciones y cumplimiento del marco normativo de usuarios”, tesis para obtener el título profesional de abogado, Lima, Universidad Privada Antenor Orrego facultad de derecho y ciencias políticas, 2014.Disponible en file:///C:/Users/ANGEL/Downloads/TESISREGIMEN_SANCIONADOR_VAL_LADARES_CLAUDIA-1.pdf

Revistas

- MEINI MENDEZ, Iván. “El delito de receptación. La receptación “sustitutiva” y la receptación “en cadena” según el criterio de la primera sala penal transitoria de la corte suprema”, *JUSTICIA VIVA*, Junio 2005. [ubicado el 15. IX 2014]. Obtenido en http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/doc_meini.pdf
- NEYRA FLORES, José Antonio. “La prueba penal, valoración de la prueba pericial penal” ,*Actualidad Jurídica*.Tomo 202,setiembre de 2010, p 120-121
- ORTIZ ORTIZ, Eduardo. «Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública». *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. San José: Colegio de Abogados, 1981.ubicado [05- X-2015] disponible en <file:///C:/Users/HP/Downloads/3147-13676-1-PB.pdf>

Artículos

- Gerencia de Comunicación Corporativa, *nueva ley define marco legal adecuado para garantizar la libre y leal competencia 2000* [ubicado el 18.VI 2015]. Obtenido en https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/notasprensa/NP_LeyLibreyLealCompetencia.pdf
- Jurisprudencia Laboral Acción y Contratación. El principio de igualdad y el mandato de no discriminación, ubicado el [06-XI.2015] en : <file:///C:/User/ANGEL/Downloads/jlaboral018.pdf>.
- BARRAZA, Alejandro, *El Principio De Transparencia Y Publicidad De Los Actos De La Administración Del Estado Y Los Secretos De La Defensa*, [Ubicado 04. X. 2015]. Obtenido en: <file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-EIPrincipioDeTransparenciaYPublicidadDeLosActosDeL-3257732.pdf>
- CASTRO, Francisco. *Los principios del procedimiento Administrativo.* [Ubicado 20. X. 2015]. Obtenido en: http://files.uladech.edu.pe/docente/17882157/Derecho_Procesal_Administrativo/SESION%2004/Contenido_04-1.pdf
- CANDIA AGUILAR, Omar J. *.Los Principios De Presunción De Veracidad Y De Privilegio De Controles Posteriores En Las Contrataciones Públicas*, obtenido el [5-X-2015] en: <http://omarcandia.blogspot.pe/2009/10/los-principios-de-presuncion-de.html>
- CIERCO SEIRA, César. *De la gratuidad del procedimiento administrativo*, ubicado el [06-XI-2015], Obtenido en: http://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/22/docs/Instituto%20Aragon%20C3%A9s%20Adm%20P%20C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%20C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/N%20C3%BAmero%2035/CIERCO_04_35.pdf

- Principio de No discriminación. Ubicado el [06-XI-2015] en: http://www.ararteko.net/contenedor.jsp?codMenuPN=72&codbusqueda=109&codMenu=140&seccion=s_fdes_d4_v1.jsp&language=es
- *Responsabilidad administrativa. Derecho Contencioso Administrativo*, ubicado el [10-XI-2015], obtenido en: <http://www.monografias.com/trabajos96/derecho-contencioso-administrativo/derecho-contencioso-administrativo.shtml>
- OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Principios Procesales Del Proceso Civil*, ubicado el [05-XI-2015] en: <http://www.calacademica.org/diplomados/litigacion/PRINCIPIOS%20PROCESALES%20DEL%20PROCESO%20CIVIL.pdf>
- PEREZ HUALDE, Alejandro. “*Actuación de pruebas en el contencioso-administrativo y debido proceso*”. Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Modernizando el Estado para un país mejor, Palestra, Lima,2010,p.64

Normatividad

- Ley Procedimiento Administrativo General- Ley 27444, Lima, *Editorial Grafica Bernilla, 2013*.
- LEY N° 27336- Ley de desarrollo de las funciones y facultades del organismo supervisor de inversión privada en telecomunicaciones – osiptel del 2001.
- LEY N° 25035. Ley de Simplificación Administrativa, ubicado[09- XI-2015], obtenido en : http://www.unmsm.edu.pe/ogp/ARCHIVOS/LEY_DE_SIMPLIFICACION_ADMINISTRATIVA.htm#T1

- EXPEDIENTE N° 04987-2013fTRASU/ST -RA RECURSO DE APELACION RESOLUCIÓN FINAL.”
- Organismo supervisor de inversión privada en telecomunicaciones - osiptel reglamento de organización y funciones-rof 2015 [15 VI 2015] obtenido en : <https://www.osiptel.gob.pe/categoria/quienes-somos>
- OSIPTEL: “GLOSARIO DE TERMINOS EN TELECOMUNICACIONES EN PERU; Lima, Perú , 2005, pp 297
- OSIPTEL. Las Telecomunicaciones en el Perú: Mercado de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, OSIPTEL, Mayo 2004.
- OSIPTEL. (05 de Diciembre de 2013). Función Fiscalizadora y Sancionadora. Obtenido de <http://www.osiptel.gob.pe/InformaciónInstitucional/Quienessomos/Funciones>
- osiptel el regulador de las telecomunicaciones. ¿Quiénes somos?2015 [Ubicado el 17. VI. 2015] Obtenido en <https://www.osiptel.gob.pe/categoria/quienes-somos>
- LANDA CHAPARRO, consuelo. servicio público “órgano supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones (osiptel)” 2013 [ubicado el 17 VI 2015] Obtenido en : <http://es.slideshare.net/consuelo0410/trabajo3-servicio-osiptel?related=2>
- *RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 030-2009-CD/OSIPTEL. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES,26 DE JUNIO DEL 2009 [UBICADO EL 18.VI 2015]. OBTENIDO EN <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res0302009CDOSIPTEL.pdf>*
- Resolución N° 007-97-CD/OSIPTEL, Marco Normativo de Protección de Derechos de Usuarios,1998. [UBICADO EL 18.VI 2015]. OBTENIDO EN https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/Proteccion_de_los_derechos.pdf

- RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 006 -2012-CD/OSIPTEL. MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA QUE ESTABLECE LAS NORMAS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE ATENCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS, Lima, 2012 [[ubicado el 18.VI 2015]. obtenido en <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/Res-006-2012-CD.pdf>
- REGLAMENTO GENERAL DE OSIPTEL PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS. *Principios del Procedimiento*, [Ubicado 20. X. 2015]. Obtenido en: <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/SoluControversias/res0102002CD OSIPTELreggen.pdf>
- Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones. *Principios por los que se rige el procedimiento de atención de reclamos de usuarios*. [Ubicado 20. X. 2015]. Obtenido en: <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res01599C DOSIPTELdir.pdf>
- RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 015-99-CD-OSIPTEL. DIRECTIVA QUE ESTABLECE LAS NORMAS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE ATENCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, Lima, 23 de julio de 1999
- RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 006 -2012-CD/OSIPTEL, *Modificación De La Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios*, Lima, 13 de enero de 2012.obtenido [04-XI-2015] en: http://www.optical.com.pe/download/Modificacion_de_la_Directiva_de_Reclamos_-_Resolucion_006-2012-CD_OSIPTEL.pdf
- Reglamento Para La Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones, Ubicado El [5-Xi-2015] En :

[Http://Www.Osiptel.Gob.Pe/Repositorioaps/Data/1/1/1/Par/047-2015-Cd-Osiptel/Reglamento-Atencion-Reclamos-Res047-2015-Cd.Pdf](http://www.Osiptel.Gob.Pe/Repositorioaps/Data/1/1/1/Par/047-2015-Cd-Osiptel/Reglamento-Atencion-Reclamos-Res047-2015-Cd.Pdf)

- Resoluciones del Consejo Directivo N°007-94- CD/OSIPTEL y N°032-97- CD/OSIPTEL y por la Resolución de Presidencia N° 036-97-PD/OSIPTEL.. *Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones. Principios Por Los Que Se Rigen Los Procedimientos De Atención A Los*
- Reclamos De Usuarios, Ubicado 04. X. 2015]. Obtenido en : <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res01599C DOSIPTELdir.pdf>
- Resolución del Consejo Directivo N° 136- 2011-CD/OSIPTEL y modificatorias. Reglamento General Del Osiptel Para La Solución De Controversias Entre Empresas. Ubicado [10-XI-2015] en : <http://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/SoluControversias/res0102002CDO SIPTELreggen.pdf>
- Resoluciones del Consejo Directivo N°007-94- CD/OSIPTEL y N°032-97- CD/OSIPTEL y por la Resolución de Presidencia N° 036-97-PD/OSIPTEL.. *Directiva Que Establece Las Normas Aplicables A Los Procedimientos De Atención De Reclamos De Usuarios De Servicios Públicos De Telecomunicaciones. Principios Por Los Que Se Rigen Los Procedimientos De Atención A Los*
- Reclamos De Usuarios, Ubicado 04. X. 2015]. Obtenido en : <https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatUsuarios/res01599C DOSIPTELdir.pdf>

Jurisprudencia

- Ejecutoria suprema del 14 de Diciembre de 2009 – [Expediente 905-2008-Lima]

- Sentencia de la Primera sala del Tribunal Constitucional de Lima del 12 de Noviembre de 2012 (Exp. 03122-2012)
- la STC N 00503 2013-PA/TC agravio constitucional seguido por Fernando Pavel Carrillo Minaya, consultada el 14 de noviembre de 2015, en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00503-2013-AA.pdf>
- STC N° 03891-2011-PA/TC, agravio constitucional seguido por Cesar Javier hinostroza , consultada el 14 de noviembre de 2015 ubicado [14-XI-2015] en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html>

✓ **Normatividad**

- Ley Procedimiento Administrativo General- Ley 27444, Lima, *Editorial Grafica Bernilla, 2013.*
- LEY N° 27336- Ley de desarrollo de las funciones y facultades del organismo supervisor de inversión privada en telecomunicaciones – osiptel del 2001.
- EXPEDIENTE N° 04987-2013fTRASU/ST -RA RECURSO DE PELACION RESOLUCIÓN FINAL.”

ANEXOS

10v

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Expediente N° : 905-2008
Demandante : Mayra Rosa Angelina Aguilar Sobrevilla
Demandado : OSIPTEL y Telefónica del Perú SAA
Materia : Proceso Contencioso Administrativo

Resolución N° 17
Lima, 14 de diciembre de 2009

Cuarta Sala Especializada en lo
Contencioso Administrativo

Devuelto a la abogada

SENTENCIA Fecha 18 03 10

VISTO:

El expediente administrativo sobre procedimiento trilateral seguido por Mayra Rosa Angelina Sobrevilla y Telefónica del Perú ante OSIPTEL; de conformidad con el Dictamen Fiscal de fojas 136; interviniendo como Juez Superior ponente el señor Gonzales Chávez; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES:

A fojas 11 Mayra Rosa Angelina Sobrevilla interpone demanda contra OSIPTEL y Telefónica del Perú solicitando se declare la nulidad de la Resolución N° 2027-R-A-01852-2006/PMC y la Resolución N° 1 - OSIPTEL-Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios.

Según la Resolución N° 02 del 16 de octubre de 2008 de fojas 41 se admite a trámite la demanda corriéndose traslado a la parte demandada. A fojas 69 OSIPTEL contesta la demanda negándola y contradiciéndola. A fojas 101 Telefónica del Perú SAA contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Por Resolución N° 11 del 01 de abril de 2009 de fojas 130 en aplicación de las reglas del procedimiento especial establecidas en el artículo 28 del TUO de la Ley 27584- Decreto Supremo 013-2008-JUS se declara saneado el proceso, se fija el punto controvertido, se realiza el saneamiento probatorio y se ordena remitir los actuados al Fiscal Superior para que emita el dictamen correspondiente, evacuado el mismo, corresponde en este estado del proceso dictar sentencia que ponga fin a la instancia.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO: El artículo 148 de la Constitución Política del Perú establece que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa. En nuestro país el proceso contencioso administrativo constituye el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento constitucional para el control jurisdiccional de la actuación de las entidades administrativas y el restablecimiento de derechos subjetivos e intereses legítimos. Mediante el proceso contencioso administrativo se garantiza una de las conquistas básicas del Estado Constitucional de Derecho, cual es la subordinación de toda la actividad administrativa a la Constitución y a las leyes.

SEGUNDO: ARGUMENTOS DEL DEMANDANTE.- El demandante sostiene que nunca ha solicitado la instalación de la línea telefónica N° 4318620 ni ha tenido ninguna relación contractual con alguna agencia de ventas. En consecuencia, afirma que no debe

imputarse ningún tipo de la responsabilidad contractual con OSIPTEL. Añade que el hecho concreto es que Telefónica pretende obtener ventajas económicas ilegalmente.

TERCERO: SENTIDO DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS CUESTIONADAS.- El 23 de octubre de 2006 Telefónica del Perú emitió la Resolución N° 2027-R-A-01852-2006/PMC a través de la cual resuelve el reclamo de la administrada por Desconocimiento de firma del contrato y desconocimiento de deuda. No conforme con esta decisión, la administrada interpone recurso de apelación. El 24 de agosto de 2007, OSIPTEL resuelve el recurso interpuesto por la administrada declarando improcedente el reclamo por concepto de desconocimiento de firma de contrato e infundado el recurso de apelación por desconocimiento de deuda, confirmando la decisión de la empresa operadora.

CUARTO: ANÁLISIS.- OSIPTEL en su resolución hace el siguiente análisis: 1) Que no tienen competencia para pronunciarse sobre la validez del contrato; y, 2) Que en relación a la deuda, Telefónica ha elevado la documentación del contrato donde se observa que la reclamante ha aceptado todas las condiciones mostrando su conformidad. Por ello, en relación a la validez del contrato declara improcedente el reclamo; mientras que respecto a la deuda la declara infundada.

Es decir, que primero se abstiene de emitir pronunciamiento sobre la validez del contrato, y luego paradójicamente, en base a la documentación que le remitiera Telefónica, afirma que como la reclamante solicitó la instalación del servicio telefónico en cuestión debe asumir la deuda.

El presente caso no puede ser otro más nítido en donde se demuestre la conducta arbitraria de los poderes públicos. Pues OSIPTEL, en lugar de adoptar los medios adecuados a fin de establecer si efectivamente la empresa concesionaria a investigado el aparente fraude del que han sido objeto junto a la administrada; ha preferido ampararse en una cuestión de competencia; dejando de lado los principios que rigen el derecho administrativo, como el principio de verdad material¹, en salvaguarda de los derechos de los administrados.

En efecto, tanto Telefónica como OSIPTEL, antes de que finalice el procedimiento administrativo, prefirieron rechazar el reclamo de la administrada; a realizar las investigaciones del caso. Por el contrario, pese a la negativa de la administrada tanto la concesionaria como OSIPTEL optaron por seguir imponiendo las condiciones del supuesto acuerdo, vulnerando así la autonomía de la voluntad de la administrada y su derecho a la libre contratación.

Por lo demás, a fojas 111 del expediente principal, obra un acto administrativo emitido por Telefónica del Perú con posterioridad a la finalización del procedimiento administrativo dirigida a la administrada [en el presente caso, demandante] de fecha 17 de octubre de 2007²; en la que la empresa concesionaria señala que habiendo realizado las investigaciones correspondientes han determinado que se trataría de un caso de suplantación de identidad realizada por terceros, por lo que ordenan el retiro de la línea telefónica y la cancelación de la factura correspondiente.

¹ Principio de Verdad material.- [...] En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

² No se puede advertir la fecha de la notificación a la administrada de este acto administrativo.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN N° 8125-2009
DEL SANTA**

Lima, diecisiete de abril de dos mil doce.-

VISTA: La causa ocho mil ciento veinticinco guion dos mil nueve, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; y, producida la votación con arreglo a ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Marco Antonio Arévalo Valencia, mediante escrito del catorce de setiembre del dos mil nueve, que corre a fojas trescientos sesenta y cinco y siguientes, contra la sentencia de vista de fecha diecinueve de agosto del dos mil nueve, obrante de fojas trescientos cincuenta y siete a fojas trescientos sesenta y uno, que revoca la sentencia de fecha trece de agosto del dos mil ocho, de fojas doscientos noventa y siete y siguientes, que declaró fundada la demanda, y reformándola declara infundada la demanda.

CAUSAL DEL RECURSO:

Mediante resolución de fecha veintisiete de octubre del dos mil diez, que corre a fojas diecinueve del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por Marco Antonio Arévalo Valencia por la causal de apartamiento inmotivado del precedente judicial contenido en la Casación N° 037-2006 Lambayeque del diecinueve de setiembre del dos mil seis y la Casación N° 88-2005 Puno del tres de agosto del dos mil seis, las cuales establecen que, previamente a declarar la nulidad de oficio de una resolución o acto administrativo, resulta necesario que la autoridad administrativa de mayor jerarquía que emitió el acto que se pretende invalidar, expida una resolución dando inicio al procedimiento de nulidad de oficio de aquel acto, debiendo notificar dicha iniciación del procedimiento al administrado cuyos derechos puedan ser afectados.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN N° 8125-2009
DEL SANTA**

CONSIDERANDO:

Primero.- Antecedentes

Mediante escrito de fojas veinticuatro, Marco Antonio Arévalo Valencia interpone demanda contra la Municipalidad Provincial del Santa, solicitando que el órgano jurisdiccional declare la nulidad del Memorandum N° 210-2007-SGRH-MPS del siete de febrero del dos mil siete y de la Resolución de Alcaldía N° 0054 del diecinueve de enero del dos mil siete, que declaran la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 0937-2006-MPS de fecha catorce de diciembre del dos mil seis, en el extremo que aprueba la "Octava Acta de Sesión Conjunta de Comisiones Paritarias para atender el Pliego de Reclamos 2007" de fecha veintinueve de noviembre del dos mil seis, en cuyo punto tercero las partes convienen en reincorporar en la planilla adicional del Departamento de Limpieza Pública, como Auxiliares de Limpieza a diversos ex trabajadores, entre ellos al demandante.

Segundo.- Delimitación de la controversia

Si bien el recurso interpuesto tiene por objeto se analice si ha existido apartamiento inmotivado del precedente judicial contenido en la Casación N° 037-2006 Lambayeque del diecinueve de setiembre del dos mil seis y la Casación N° 88-2005 Puno del tres de agosto del dos mil seis, por parte de la sentencia de vista; y como consecuencia de ello se case dicha sentencia, ordenándose a la demandada que reincorpore al recurrente como Auxiliar de Limpieza. Esta Sala Suprema ha creído conveniente, ante la diversidad de criterios existentes en las instancias inferiores respecto al tema, emitir pronunciamiento que permita unificar los criterios judiciales, cumpliendo así uno de los fines esenciales del recurso de casación, esclareciendo cuál es la correcta interpretación del numeral 1 del artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, entendiéndose por interpretación, el asignar a una norma jurídica un significado conforme a los valores y derechos consagrados en la Constitución Política del Perú o contenidos implícitamente en ella.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN N° 8125-2009
DEL SANTA**

**Tercero.- Análisis del numeral 1 del artículo 202 de la Ley del
Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444**

Resulta necesario detallar el marco normativo de la nulidad de oficio, prevista en el citado numeral 1 del artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444. En ese sentido, tenemos que:

(i) El artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, establece que: "*Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.*"

(ii) El numeral 1 del artículo 202 de la misma norma, señala que: "*En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.*"

Cuarto.- En principio corresponde señalar que el ordenamiento jurídico constituye un todo ideal y unitario, por ello el juzgador al momento de resolver la controversia sometida a su conocimiento debe asegurarse de aplicar la norma jurídica que resulte pertinente al caso concreto, luego de haberla armonizado orgánica y lógicamente con el resto del ordenamiento jurídico. En atención a ello, este colegiado considera que la facultad para declarar la nulidad de las resoluciones y actos administrativos, contemplada en el artículo 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, aun cuando dicho artículo no lo señale expresamente, debe ejecutarse en armonía de lo preceptuado en el inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la de la misma norma, el cual refiere que: "*Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho...*".

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN N° 8125-2009
DEL SANTA**

Quinto.- El principio del debido procedimiento administrativo pretende garantizar un procedimiento ajustado a derecho en beneficio de los administrados y a su vez controlar el adecuado ejercicio de las potestades propias de la administración durante éste. En efecto, el debido proceso es "*un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos*".¹

Sexto.- Respecto de los derechos de los administrados comprendidos en el debido procedimiento administrativo -a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho-, conforme lo señala el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444², debe precisarse que: **i) El derecho de los administrados a exponer sus argumentos**, está referido al derecho de los administrados a ser oído, por la autoridad a cargo del procedimiento a fin de garantizar su derecho de defensa, por lo que, a su vez, comprende el derecho a la publicidad del procedimiento y de los actuados en el mismo, oportunidad de expresar argumentos antes de la emisión del acto administrativo, derecho a contar con el patrocinio de un letrado y el derecho a interponer los recursos administrativos que sean pertinentes; **ii) El derecho a ofrecer y producir pruebas**, tiene estrecha relación con los principios del derecho administrativos de impulso de oficio y verdad material, regulados en la Ley del

¹ Bustamante Alarcón, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. ARA Editores, Lima 2001. Página 47-48.

² Título Preliminar de Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444

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:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN N° 8125-2009
DEL SANTA**

Procedimiento Administrativo General³, y en virtud de los cuales en el marco de un procedimiento administrativo, la actividad probatoria no es exclusiva de los administrados que son parte del procedimiento, sino que vincula también a la administración, pudiendo afirmarse que es esta última quien tiene la carga de la prueba. En tal sentido, comprende el derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida en el ámbito del procedimiento, derecho a que la producción de la prueba sea efectuada antes que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión, derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración y derecho a que se aplique los principios de carga de la prueba específicos para el ámbito del procedimiento administrativo; iii) **El derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho**, constituye a su vez uno de los requisitos para la validez del acto administrativo, según lo señalado en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley N° 27444⁴, el mismo que dispone que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Sétimo.- Si bien el numeral 1 del artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece la facultad de la administración para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos, dentro del

³ Título Preliminar de Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444

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:

(...)

1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

(...)

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

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

⁴ Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4) Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN Nº 8125-2009
DEL SANTA**

procedimiento ya iniciado y no en uno distinto, ello de ninguna manera autoriza a que la administración sobre todo cuando se trate de procedimientos en los que se encuentran en conflicto derechos fundamentales, soslaye garantías procesales o los principios del procedimiento administrativo los cuales son de obligatorio cumplimiento tanto para el administrado como para la administración, dado que el cumplimiento cabal de tales exigencias constituye garantía de respeto del principio del debido procedimiento administrativo establecido en el inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la precitada Ley; lo contrario implicaría admitir un ejercicio abusivo de la facultad de la administración de declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos, argumentando que éstos se encuentran viciados con alguna de las causales contempladas en el artículo 10 antes referido, abuso que se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento jurídico.

Octavo.- Por consiguiente, resulta imprescindible que, previamente a ejercer la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos, la autoridad administrativa cumpla con notificar al administrado cuyos derechos puedan ser afectados, cuando éstos conciernen a materia previsional o de derecho público vinculado a derechos fundamentales; poniendo en su conocimiento la pretensión de invalidar dicho acto por presuntamente encontrarse inmerso en una de las causales detalladas en el artículo 10 de la norma precitada, indicándole cuales son los presuntos vicios en lo que se incurre, así como el interés público que está siendo afectado. Debiéndose señalar en tal notificación, la información sobre sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación, y de ser previsible, el plazo de su duración; a fin de darle la oportunidad al administrado de ejercer su derecho de defensa, puesto que "(...) el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN N° 8125-2009
DEL SANTA**

partes, sea en un proceso o procedimiento (...)”⁵. Sin embargo, es menester precisar que la referida notificación no constituye el inicio de un nuevo procedimiento “de nulidad de oficio”, sino la continuación del procedimiento existente, al tratarse del cuestionamiento de un acto administrativo producto de éste; por lo que esta Sala Suprema hace presente que al amparo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial - aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS-, **cambia su criterio en cuanto a dicho extremo en relación a otros procesos en los que ha resuelto temas similares** como la Casación N° 037-2006 Lambayeque del diecinueve de setiembre del dos mil seis y la Casación N° 88-2005 Puno del tres de agosto del dos mil seis⁶. Empero, es necesario señalar que aun cuando la comentada notificación implique la continuación del procedimiento administrativo preexistente, ello de ninguna manera, altera la ejecutabilidad del acto administrativo firme, la cual se mantiene hasta que sea declarada su nulidad administrativa o judicialmente, en virtud a la presunción de validez contemplada en el artículo 9 de la Ley N° 27444⁷.

Noveno.- Aunado a ello, tal como lo exige el artículo 202 numeral 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se debe tener en cuenta que: *“(.. no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que, además, deben agravar el interés público, lo que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado porque se exige que para ejercer la potestad de nulificar de oficio sus propios actos, la Administración determine, previa evaluación, el perjuicio para*

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 08605-2005-PA/TC, fundamento Décimo cuarto.

⁶ Casaciones en las que se estableció que se debía dar inicio a un procedimiento de nulidad de oficio de conformidad a los artículos 103 y 104 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.

Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444

Artículo 9.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

**CASACIÓN N° 8125-2009
DEL SANTA**

*los intereses públicos que le compete tutelar o realizar*⁸. En tal sentido, cabe señalar que el interés público es un concepto jurídico genérico con contenido y extensión variable⁹, que tiene que ver con aquello que beneficia a todos como comunidad, por ello se afecta cuando el acto viciado tiene repercusiones no solo en un reducido grupo de personas sino en la colectividad¹⁰. El interés público se concreta y especifica cuando la administración actúa en el campo de sus potestades, teniendo como requisito *sine qua non* la motivación de sus decisiones, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad, puesto que la administración está obligada a justificar las razones que imponen determinada decisión, de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta de la afectación del "interés público"¹¹, ya que de lo contrario se incurriría en una *"mera apariencia con las que muchas veces se busca justificar un exceso o una desviación en el ejercicio del poder"*¹².

Décimo.- El criterio establecido en la presente resolución, se corrobora con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 4289-2004-AA/TC: *"(...) El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no sólo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto -por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente invocables en el*

⁸ Danós Ordóñez, Jorge. "Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la nueva Ley N° 27444". En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda parte. Ara Editores. Lima, 2003, página 258.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03951-2007-PA/TC

¹⁰ "Resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos que se le asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con contenido concreto y determinable, actual y eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye sin aniquilarlos". ESCOLA, Héctor Jorge. "El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo". Depalma, Buenos Aires, 1989. página 249 y siguientes.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N.° 0090-2004-AA/TC

¹² ESCOLA, Héctor Jorge. "El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo". Depalma, Buenos Aires, 1989. Página 249 y siguientes.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN N° 8125-2009
DEL SANTA**

ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (...) El fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo, encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si la administración resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional (...)¹³.

Undécimo.- De igual forma lo entiende la doctrina al señalar que, aunque la norma atributiva de la potestad de anulación (artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General) no lo indica de manera expresa, "(...) deriva razonablemente del principio del debido procedimiento administrativo y de los artículos 3.5, 161.2, 187.2, que ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derecho o intereses. Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengàn la posibilidad de controlar su legalidad"¹⁴.

Duodécimo.- Solución del caso concreto

En la Casación N° 037-2006 - Lambayeque del diecinueve de setiembre del dos mil seis y en la Casación N° 88-2005 Puno del tres de agosto del dos mil seis, esta Sala Suprema estableció como precedente de observancia obligatoria que la autoridad administrativa que pretenda invalidar un acto

¹³ Criterio que ha sido reiterado en las STC N° 08495-2006-PA/TC, 02732-2007-PA/TC, 03891-2011-PA/TC, 04944-2011-PA/TC, entre otras.

¹⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, Tercera Edición, Lima, 2004, Página 530.

Artículo 3.5 de la Ley N.º 27444.- Procedimiento regular: Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

Artículo 161.2 de la Ley N.º 27444.- En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

Artículo 187.2 de la Ley N.º 27444.- En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

CASACION N° 8125-2009
DEL SANTA

administrativo, debe expedir previamente una resolución dando inicio al procedimiento de nulidad de oficio de aquel acto de conformidad a los artículos 103 y 104 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444¹⁵, debiendo además notificar dicha iniciación de procedimiento al administrado cuyos derechos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, informando la naturaleza del mismo, así como sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación, ya que tales exigencias constituyen garantía respecto del principio del debido procedimiento administrativo establecido en el inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la precitada ley.

Décimo tercero.- En el presente caso al emitir pronunciamiento el Colegiado de la Sala Superior, señala como fundamentos de su decisión que "(...) declarar la nulidad de oficio de una resolución en cualquiera de los casos enumerados en el artículos 10 del mismo cuerpo de leyes, no requiere seguir el procedimiento contenido en los artículos 103 (formas de iniciación del procedimiento), 104 (inicio de oficio de un procedimiento) y siguientes de dicho cuerpo normativo; no sólo por ser éstos nulos de pleno derecho, sino también porque estos últimos se encuentran regulados dentro del Título II, Capítulo III: Iniciación del procedimiento administrativo (...)", de lo que se evidencia que no se ha teniendo en cuenta el criterio señalado en el considerando precedente, establecido como precedente de observancia obligatoria en las casaciones materia de denuncia, toda vez que, no se ha acreditado en el decurso del proceso, que la entidad demandada previamente a declarar la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 0937-2006-MPS de fecha catorce de diciembre del dos mil seis, en el extremo que aprueba la "Octava Acta de Sesión Conjunta de Comisiones Paritarias para atender el Pliego de Reclamos dos mil siete", haya cumplido con notificar al Sindicato Unificado de Trabajadores Municipales de Chimbote, por ser parte interviniente en dicho acto administrativo, pese a que los derechos de éste iban a verse claramente afectados por dicha actuación administrativa,

¹⁵ Extremo respecto del cual en el décimo primer considerando de la presente resolución, esta Sala Suprema cambia de criterio, al amparo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial - aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN N° 8125-2009
DEL SANTA**

impidiéndole de este modo ejercer su derecho de defensa; lo que denota que se ha configurado el vicio denunciado por "el recurrente", razón por la cual corresponde declarar fundada la denuncia casatoria.

Décimo cuarto.- Precedente Vinculante

El artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, autoriza a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, a establecer precedentes vinculantes en sus resoluciones que contengan principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativo; que en el caso de autos habida cuenta de la importancia de la materia que se ha puesto a su consideración, esta Suprema Sala considera procedente declarar que el criterio establecido en los considerandos sétimo, octavo y noveno de la presente resolución, constituye precedente judicial vinculante para los órganos jurisdiccionales de la República, debiendo publicarse en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones, y de conformidad con el Dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo); la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Marco Antonio Arévalo Valencia mediante escrito del catorce de setiembre del dos mil nueve , que corre a fojas trescientos sesenta y cinco.
2. **CASAR** la sentencia de vista de fecha diecinueve de agosto del dos mil nueve, de fojas trescientos cincuenta y siete; **y, actuando en sede de instancia, CONFIRMAR** la sentencia de fecha trece de agosto del dos mil

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**

**CASACION N° 8125-2009
DEL SANTA**

ocho, que obra a fojas doscientos noventa y siete, que declara fundada la demanda.

3. **DECLARAR** que el criterio establecido en los considerandos sétimo, octavo y noveno de la presente resolución constituye precedente judicial vinculante conforme al artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.
 4. **ORDENAR** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial.
 5. **REMITIR** copia de la presente sentencia a los Presidentes de las Cortes Superiores de todos los Distritos Judiciales de la República para su difusión entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial.
 6. **NOTIFICAR** con la presente resolución a **Marco Antonio Arévalo Valencia** y a la **Municipalidad Provincial del Santa** ; y, los devolvieron. Interviniendo como ponente la Jueza Suprema señora Mac Rae Thays.
- S.S.

DE VALDIVIA CANO

ARÉVALO VELA

MAC RAE THAYS

MORALES GONZÁLEZ

CHAVES ZAPATER

Svag/Csa

12 SET. 2012

SE PUBLICO CONFORME A LEY
Dña. ROSMARY CERRÓN BANCINI
Secretaria
Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria
Corte Suprema de Justicia de la República