



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00074-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 15 de marzo de 2022

EXPEDIENTE N°	:	00096-2021-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO: El Informe N° 00282-DFI/2021 de fecha 30 de diciembre de 2021 (Informe Final de Instrucción) emitido por la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI), por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A (TELEFÓNICA), por presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS)¹, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

- Mediante el Informe N° 00083-GSF/SSDU/2020 (**Informe de Supervisión**), de fecha 30 de julio de 2020, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 59° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (TUO de las Condiciones de Uso); seguido en el Expediente de Supervisión N° 00075-2020-GSF (Expediente de Supervisión), cuyas conclusiones y recomendaciones fueron las siguientes:

“V. CONCLUSIONES

(...)

- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., habría incumplido con lo establecido en el literal a. del artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias (RFIS), toda vez que no habría remitido la información que fue requerida con carácter obligatorio y dentro del plazo perentorio mediante carta N° 00799-GSF/2020, cuyo plazo venció el 1 de julio de 2020. Cabe señalar que dicha conducta se encuentra tipificada como una infracción grave, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo 7° del RFIS, por lo que corresponde el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador en este extremo.*

VI. RECOMENDACIÓN

- Se recomienda que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL inicie un Procedimiento Administrativo Sancionador a TELEFÓNICA DEL*

¹ Denominación modificada mediante Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 07 de enero de 2022





PERÚ S.A.A., por la infracción resumida en las conclusiones del presente Informe.”

2. La DFI por medio de la carta C.2147-DFI/2021, notificada el 11 de octubre de 2021, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por cuanto:
 - ii. Habría incurrido en la infracción tipificada como grave en el literal a) del artículo 7° del RGIS, dado que no habría entregado la información requerida con carácter de obligatoria mediante la carta C. 799-GSF/2020, notificada el 16 de junio de 2020, dentro del plazo perentorio establecido en la misma.
3. TELEFÓNICA, mediante la carta N° TDP-3445-AR-ADR-21 recibida el 18 de octubre de 2021, solicitó una prórroga de veinte (20) días hábiles adicionales al plazo inicialmente otorgado, a fin de presentar sus descargos por escrito.
4. La DFI a través de la carta C. 2293-DFI/2021 notificada el 25 de octubre de 2021, concedió a TELEFÓNICA un plazo adicional de diez (10) días hábiles para el envío de sus descargos, plazo que venció el día 2 de noviembre de 2021.
5. TELEFÓNICA, con la carta N° TDP-3760-AR-ADR-21 recibida el 5 de noviembre de 2021, presentó sus descargos por escrito (**Descargos 1**).
6. Con fecha 30 de diciembre de 2021, la DFI elevó el Informe N° 00282-DFI/2021 (**Informe Final de Instrucción**) conteniendo el análisis de los descargos presentados por TELEFÓNICA.
7. La Gerencia General mediante la carta C.056-GG/2022 notificada el 20 de enero de 2022, puso en conocimiento de TELEFÓNICA el **Informe Final de Instrucción**, a fin de que formule sus Descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
8. TELEFÓNICA a través de la carta N° TDP-0592-AR-ADR-22, recibida el 11 de febrero de 2022, presentó sus descargos contra el **Informe Final de Instrucción (Descargos 2)**.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, publicado el 02 de febrero de 2001, este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Así también, el artículo 41° del mencionado Reglamento 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.

El presente PAS se inició a TELEFÓNICA al imputársele la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7° del RGIS, conforme se desprende a continuación:





Cuadro N° 1.- Relación de incumplimiento del RGIS detectado a TELEFÓNICA

Artículo	N° Carta	Pedido	Fecha de vencimiento de plazo	Carta remitiendo información	Resultado	Días de retraso
Literal a), Art. 7° del RGIS	799-GSF/2020, notificada el 16/06/2020 (Obligatorio y Perentorio)	Remitir: i) La totalidad de las solicitudes de traslado de todos servicios (monoproductos y empaquetados) formulados por sus abonados durante el segundo semestre de 2019 (1/07 al 31/12/2019) ii) La constancia que acredite la no ejecución del traslado del servicio, ya sea por desistimiento del abonado o por facilidades técnicas. iii) Para los casos de no ejecución del traslado del servicio por facilidades técnicas, enviar la relación de abonados que solicitaron que su solicitud se considere como traslado pendiente, hasta que su representada cuente con las condiciones técnicas que permitan hacer efectivo el traslado solicitado. iv) La relación de abonados que optaron por resolver unilateralmente el contrato, debido a que el traslado pendiente se mantuvo por un período mayor a tres (3) meses desde la fecha indicada por su representada o desde la fecha acordada con el abonado.	1/07/2020	No aplica	NO MANDO ²	1 AÑO, 8 MESES ³

Fuente: Informe de supervisión

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado⁴, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 252.3° del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el PAS cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 259° del citado TUO fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a TELEFÓNICA, por cuanto, se ha

² Cabe indicar que a la fecha de emisión del Informe de supervisión que fue el 30 de julio de 2020, TELEFÓNICA no remitió la información solicitada a través de la carta C. 799-GSF/2020.

³ Plazo contado desde el vencimiento del plazo señalado en la carta C. 799-GSF/2020, hasta la emisión de la presente Resolución.

⁴ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Página N° 539.





verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito y tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente PAS.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos de defensa presentados por la empresa operadora a través de sus **Descargos 1 y 2**, respecto a la imputación de cargos formulada por la DFI.

1. Análisis de los Descargos

1.1. Respecto de la comisión de la infracción tipificada en el literal a. del artículo 7° del RGIS.-

TELEFÓNICA señala que por medio de las Cartas N° TDP-2207-GGR-20 y N° TDP-2516-AF-GGR-20 del 10 y 31 de agosto de 2020, respectivamente, presentó el íntegro de la información solicitada por la DFI por medio de su carta C.00799-GSF/2020. Asimismo, indica la empresa operadora que a través de dichas comunicaciones hizo énfasis en la necesidad de que el órgano instructor tome en consideración el contexto en que formula cada uno de sus requerimientos, no pudiendo limitarse al establecimiento de plazos de atención tan cortos, que no resultan suficientes para realizar todas las actividades necesarias para la elaboración de los reportes solicitados (coordinación, extracción, procesamientos, revisión, adecuación a formatos, entre otros) y aquellos que impactaron en manera particular el requerimiento formulado por medio de la carta C.00799-GSF/2020.

Por tanto, TELEFÓNICA manifiesta que su actuar se ajusta a las exigencias regulatorias y en todo momento ha mostrado su disposición para dar cumplimiento a las mismas, por lo que no hubo ningún ánimo de omitir el cumplimiento de las exigencias regulatorias, y ello se demuestra con la pronta remisión de la información requerida. Además, señala la empresa operadora que no se ha generado ningún efecto contrario en las labores de supervisión ni muchos menos a los usuarios de los servicios públicos, que ameriten la adopción de una medida sumamente gravosa en su contra, que ampliamente ha demostrado su plena disposición para dar cabal cumplimiento a las exigencias regulatorias.

Con relación a lo señalado por TELEFÓNICA, es preciso atender previamente lo dispuesto por el artículo 7° del RGIS que dispone que las empresas operadoras se encuentran obligadas a entregar la información que les fuera solicitada por este Organismo, tal como se cita a continuación:

“Artículo 7.- Incumplimiento de entrega de información

La Empresa Operadora que, dentro del plazo establecido, incumpla con la entrega de información o entregue información incompleta, incurrirá en infracción grave, siempre que:

- a. Se hubiere emitido un requerimiento escrito por el OSIPTEL que indique la calificación de obligatoria de la entrega de la información requerida, incluyendo el plazo perentorio para su entrega (...).”

En ese sentido, los supuestos tipificados en el literal a) del artículo 7° del RGIS se presentarán cuando: la empresa operadora no presente información calificada como obligatoria y no la presente dentro del plazo perentorio previamente determinado por el OSIPTEL; o, cuando la empresa operadora presente





información incompleta, calificada como obligatoria dentro de un plazo perentorio previamente determinado por el OSIPTEL.

En el presente caso, de los actuados en la etapa de supervisión se verifica que la DFI a través de la carta C. 799-GSF/2020 notificada el 16 de junio de 2020, solicitó de manera obligatoria a TELEFÓNICA la siguiente información:

- i) La totalidad de las solicitudes de traslado de todos servicios (monoproductos y empaquetados) formulados por sus abonados durante el segundo semestre de 2019 (1/07 al 31/12/2019).
- ii) La constancia que acredite la no ejecución del traslado del servicio, ya sea por desistimiento del abonado o por facilidades técnicas.
- iii) Para los casos de no ejecución del traslado del servicio por facilidades técnicas, enviar la relación de abonados que solicitaron que su solicitud se considere como traslado pendiente, hasta que se cuente con las condiciones técnicas que permitan hacer efectivo el traslado solicitado, y;
- iv) La relación de abonados que optaron por resolver unilateralmente el contrato, debido a que el traslado pendiente se mantuvo por un período mayor a tres (3) meses desde la fecha indicada o desde la fecha acordada con el abonado.

Para tal efecto, la DFI otorgó a la empresa operadora un plazo perentorio de diez (10) días hábiles, el mismo que venció el **1 de julio de 2020**.

Al respecto, si bien TELEFÓNICA indica en sus descargos que a través de las cartas N° TDP-2207-GGR-20 y N° TDP-2516-AF-GGR-20, atendió el requerimiento efectuado a través de la carta C. 799-GSF/2020, lo cierto es que las referidas cartas se presentaron los días 1 y 31 de agosto de 2020, esto es con un (1) mes y nueve (9) días y dos (2) meses después de vencido el plazo perentorio (1 de julio de 2020) establecido por el OSIPTEL, información que no fue considerada en su momento por la DFI, debido a que se remitió después de emitido el Informe de Supervisión (30 de julio de 2020).

Sin perjuicio de ello y conforme se advierte del **Informe Final de Instrucción** y del Informe N° 00029-DFI/2021⁵, la DFI efectuó la evaluación de la información remitida por TELEFÓNICA a través de la referidas cartas, concluyendo que no contienen la totalidad de la información requerida mediante la carta C. 00799-GSF/2020, toda vez que de los cuatro (4) numerales requeridos, la empresa operadora remitió únicamente información relacionada a los numerales (i) y (iv) y parte del numeral (ii) de la carta C. 00799-GSF/2020.

En efecto, con relación al numeral (ii) de la carta C. 00799-GSF/2020, TELEFÓNICA remitió únicamente cuatro (4) capturas de pantalla, cantidad que no corresponde con la totalidad de casos de no ejecución del traslado del servicio reportada por la empresa operadora, tal como lo reconoce al señalar en su carta N° TDP-2207-AF-GGR20, que remite dichas capturas a modo de muestra.

Asimismo, mediante la carta N° TDP-2516-AF-GGR-20, TELEFÓNICA únicamente remitió información relacionada a los numerales (i) y (iii) de la carta C. 00799-GSF/2020, conforme se advierte a continuación:

⁵ Puesto en conocimiento de TELEFÓNICA el 15 de febrero de 2021, mediante carta C. 00132-GG/2021





Sobre el particular, mediante la presente remitimos adjunto, información complementaria a la compartida mediante TDP-02207-AF-GGR-20 respecto a:

- i) Relación de solicitudes de traslado de todos los servicios, durante el periodo de julio a diciembre de 2019 (Anexo 01)
- ii) Registro de casos de no ejecución del traslado del servicio por facilidades técnicas y que el usuario requiere se considere como pendiente dicha solicitud. (Anexo 02).

Por tanto, aun cuando TELEFÓNICA haya remitido la información requerida con la carta C. 799-GSF/2020, lo cierto es que además que fue remitido con dos (2) meses de atraso de la fecha de vencimiento otorgada por el OSIPTEL, la misma ha sido incompleta, por lo cual no exime de responsabilidad a la empresa operadora, por el contrario se advierte su falta de diligencia para adoptar las medidas necesarias para remitir la información en el plazo perentorio establecido, más aun cuando no es la primera vez⁶ que se le sanciona por la no remisión de la información en el plazo establecido por el OSIPTEL.

Ahora bien, con relación a lo manifestado por TELEFÓNICA que la información solicitada amerita un proceso de extracción y procesamiento acorde con las exigencias del regulador, cabe indicar previamente que en atención al literal a) del artículo 13° del Reglamento General de Supervisión⁷ y el artículo 16° de la Ley N° 27336⁸ (LDFF), las empresas operadoras están obligadas a proporcionar toda la información y documentación solicitada, de acuerdo a las condiciones, formalidades y plazos establecidos por el OSIPTEL.

Adicionalmente, debemos señalar que de acuerdo al criterio establecido por el Consejo Directivo del OSIPTEL a través de la Resolución N° 047-2018-CD/OSIPTEL⁹, la información que deben remitir las empresas operadoras del sector de telecomunicaciones al Organismo Regulador reviste de suma importancia, toda vez que ésta representa el insumo necesario que el Estado necesita para dotar de dinamismo y el constante monitoreo que el OSIPTEL debe efectuar al mercado de telecomunicaciones, además de constituirse en uno de los medios estratégicos más importantes que sirve como fuente de información para la regulación del sector.

En ese sentido, no es la primera vez que este Organismo regulador solicita información a TELEFÓNICA para verificar obligaciones contenidas en diversas normativas del sector de Telecomunicaciones, entre las que se encuentra el TUO de las Condiciones de Uso, por lo que debió haber adoptado las medidas necesarias para cumplir con el requerimiento efectuado por el OSIPTEL, más aun cuando esta Instancia advierte que la información requerida a través de la carta C. 799-GSF/2020, tenía por finalidad verificar el cumplimiento del artículo 59° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (TUO de las Condiciones de Uso), referido entre otros, al

⁶ Mediante la Resolución N° 276-2019-GG/OSIPTEL, confirmada con la Resolución N° 041-2020-CD/OSIPTEL (Tramitada en el Expediente N° 00071-2019-GG-GSF/PAS) se sancionó a TELEFÓNICA con una multa de 51 UIT por no remitir la información requerida mediante la carta N° 366-GSF/2019, en el plazo establecido por el OSIPTEL. Posteriormente, a través de la Resolución N° 313-2020-GG/OSIPTEL, confirmada con la Resolución N° 122-2021-CD/OSIPTEL (Tramitada en el Expediente N° 00126-2019-GG-GSF/PAS) se sancionó a TELEFÓNICA con una multa de 90.56 UIT por no haber remitido dentro del plazo establecido la información requerida a través de las cartas N° 365-GSF/2019, N° 1241-GSF/2019, y N° 1613-GSF/2019. Por otro lado, mediante la Resolución N° 016-2021-GG/OSIPTEL (Tramitada en el Expediente N° 0046-2020-GG-GSF/PAS) se sancionó a TELEFÓNICA con una multa de 51 UIT por no cumplir con entregar información dentro del plazo perentorio otorgado mediante carta N° 1612-GSF/2020.

⁷ Aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL y modificatoria.

⁸ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL

⁹ Resolución de Consejo Directivo publicada en la página Web del OSIPTEL en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/mo5pf25x/res047-2018-cd.pdf>





procedimiento y los plazos para la atención de las solicitudes de traslado del servicio, formulados por los abonados, cuyo incumplimiento afecta directamente a los abonados del servicio de telecomunicaciones, como sucedió con el caso del señor Raúl Parra Maza, representante legal del Instituto de Estudios Históricos Marítimos del Perú cuyo servicio no había sido trasladado en el plazo señalado.

Por tanto, considerando lo señalado anteriormente, se advierte que TELEFÓNICA tuvo tiempo suficiente para extraer, recopilar y procesar la información, a fin de cumplir con la información requerida por el OSIPTEL. A lo señalado, cabe acotar que las acciones de supervisión realizadas por este Organismo se rigen por los principios de Transparencia y Veracidad, entre otros, en virtud de los cuales, las empresas operadoras no sólo deben cumplir con facilitar la información necesaria, sino además ejercer una conducta diligente para el buen desarrollo de los fines de la supervisión.

En ese orden de ideas, sin entrar en el análisis de la magnitud o de la relevancia de la información, aún en el supuesto que se admitiera la posibilidad de que TELEFÓNICA asumió costos económicos, humanos e informáticos a efectos de dar pleno cumplimiento de los múltiples requerimientos de información formulados por este Organismo, se aprecia que éste no resulta excluyente de responsabilidad administrativa, puesto que corresponde a acciones que la empresa operadora debe realizar para recopilar y alcanzar la información al Organismo Regulador, más aun cuando se tiene en consideración el hecho que recae sobre TELEFÓNICA un deber legal de proporcionar información en los plazos establecidos, de conformidad con lo dispuesto en la LDFF y el RGIS.

En este punto, es importante señalar que el proceso de traslado significa para los abonados una herramienta que les permite – en cualquier momento- no solo solicitar a la empresa operadora el traslado de su servicio, sino además de recibir una respuesta oportuna en caso no pueda efectuarse la misma, para así evitar cualquier falsa expectativa de que su solicitud será procedente. De este modo, en virtud del rol tuitivo que el OSIPTEL ejerce respecto de la promoción y plena eficacia de los derechos de los abonados -entre los que se encuentra el derecho a solicitar el traslado de su servicio- resulta importante monitorear permanentemente que dicho proceso se realice dentro del marco legal establecido y, dada la asimetría informativa en la que se encuentra el regulador, resulta sumamente importante que las empresas operadoras, en virtud de su deber de colaboración, cumplan con atender oportunamente los requerimientos de información obligatoria, situación que conforme ha sido expuesto no se dio en el presente caso, incurriendo TELEFÓNICA en la comisión del artículo 7° del RGIS.

Por ende, un pronunciamiento que excluyera de responsabilidad a TELEFÓNICA, podría derivar en una señal inadecuada que privilegiaría el relajamiento del deber mínimo de cuidado exigible a las empresas operadoras de entregar la información calificada como obligatoria y en los plazos establecidos por el OSIPTEL, máxime cuando, dicha información coadyuvaba a que este Organismo detectara a tiempo los problemas que estaban afectando el proceso de traslado del servicio, lo cual hubiera permitido al OSIPTEL detectar y aprobar, a la brevedad, medidas destinadas a proteger el buen desenvolvimiento de dicho proceso y a los derechos de los abonados.





Respecto a la falta de afectación por la demora en el envío de la información, conforme ya lo ha indicado el Consejo Directivo en diversos pronunciamientos¹⁰, el tipo infractor regulado en el artículo 7° del RGIS no incluye, dentro de sus elementos objetivos, que la falta de entrega de información en el plazo afecte alguna función del OSIPTEL. En ese sentido, basta que la empresa operadora no remita la información dentro del plazo establecido para que se configure la infracción, es decir basta la potencial afectación de un bien jurídico protegido por la norma que justifique que se sancione la conducta.

En atención a lo señalado, quedan desvirtuados los descargos de TELEFÓNICA en este extremo.

1.2. Respecto a la valoración de los eximentes de Responsabilidad.-

TELEFÓNICA indica en sus descargos que los reportes observados fueron debidamente presentados, razón por la que debe aplicarse el eximente de responsabilidad por la subsanación voluntaria de la conducta investigada.

Al respecto, cabe indicar que dicho aspecto será analizado en el punto 2 de la presente Resolución, conforme a lo establecido en el TUO de la LPAG y el RGIS, por lo que nos remitimos a lo desarrollado en dicho acápite.

1.3. Respecto a la vulneración del Principio de Razonabilidad.-

TELEFÓNICA, en sus descargos, sostiene que el regulador al momento de adoptar medidas gravosas en contra del administrado debe evaluar su cometido en virtud al principio de Razonabilidad y sus subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En ese sentido, añade, la empresa operadora que, bajo el actual enfoque de la norma administrativa en el TUO de la LPAG, la Administración debe guiar sus actuaciones a la luz del esquema Pyramid Enforcement, el cual propone una estrategia conocida como "la zanahoria y el garrote" ("carrot and stick" en su desarrollo en inglés). Es decir, la Autoridad debe preferir aquellas medidas que sean menos intrusivas (education and advice: warning letters) a la esfera jurídica de los administrados; haciendo solo uso de las medidas más drásticas (deterrence) solo cuando no hayan funcionado las opciones anteriores.

Por ende, TELEFÓNICA, indica que este nuevo enfoque basado en el paradigma de la regulación responsiva tendría como cometido transformar el esquema punitivo que caracterizaban a las entidades públicas, al margen de las motivaciones intestinas que la llevaron a sostener un afán represivo. Es por ello que, de acuerdo a la función responsiva de la regulación, ha realizado acciones a efectos de acreditar que resulta contraria a la buena fe procedimental y a la línea preventiva y en el marco del nuevo enforcement regulatorio respecto del cual la autoridad ha tomado partido, entre las que destaca las siguientes: i) Desplegó los esfuerzos y recursos económicos, humanos e informáticos a fin de presentar la información solicitada por el órgano de instrucción, (ii) Procedió a presentar la totalidad de la información solicitada por medio de sus Cartas TDP-2207-GGR-20 y TDP-2516-AF-GGR-20, y (iii) No se ha generado ningún tipo de efectos perjudiciales en los usuarios ni al mercado de telecomunicaciones, ni mucho menos beneficio ilícito y/o perjuicio económico derivado de la presunta inconducta imputada, toda vez que la

¹⁰ Resoluciones Nros. 167-2019-CD/OSIPTEL y 193-2020-CD/OSIPTEL





empresa procedió a presentar la información requerida, asumiendo todos los costos para ello.

Por tanto, TELEFÓNICA, señala que, a partir del análisis de razonabilidad, resultará más prudente imponer una medida menos gravosa que una multa pecuniaria, como: la disposición de Archivo del procedimiento sancionador en virtud del Principio de Razonabilidad y la aplicación de la eximente de responsabilidad por la subsanación voluntaria de la conducta imputada. Con la adopción de una medida menos gravosa, la Administración puede dar cumplimiento normativo o adecuar el mismo sin necesidad de recurrir a la aplicación de una medida tan gravosa como la imposición de una multa pecuniaria, más aún si la empresa ha demostrado a lo largo del procedimiento su pleno compromiso para dar cumplimiento a las exigencias regulatorias.

En cuanto a la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad, debemos señalar que dicho principio se encuentra reconocido a nivel legal a través del numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, por el cual las decisiones de las autoridades cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Cabe señalar que el inicio de un PAS no necesariamente supone la conclusión inevitable de la imposición de una multa; sin embargo, de ser el caso, la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades (LDFF) en su artículo 30º y el numeral 3 del artículo 248º del TUO de la LPAG, también contienen los criterios a considerar para la imposición y graduación de la misma, dentro de los cuales se encuentra la razonabilidad y proporcionalidad.

Sin perjuicio de ello, en lo referente a la decisión de iniciar un procedimiento sancionador, es necesario que la decisión que se adopte también cumpla con los parámetros del test de razonabilidad¹¹, lo que conlleva la observancia de sus tres (3) dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad, respectivamente.

Respecto del **juicio de adecuación**, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado. En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que, de imponerse la sanción, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones.

De esta manera el objetivo del inicio del presente PAS, corresponde a la tutela del bien jurídico protegido, el cual en el presente caso está representado por la relevancia de cautelar los bienes jurídicos e intereses protegidos por la norma incumplida.

¹¹ MORON URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Lima, Gaceta Jurídica (9º Edición), Pág. 703., 2011, p. 703





En el presente caso, contrario a lo afirmado por TELEFÓNICA, este Organismo Regulador consideró que correspondía iniciar un PAS por el incumplimiento del artículo 7° del RGIS, debido a que el no envío de la información requerida en los plazos previstos y la remisión de la información incompleta afectó la función supervisora del OSIPTEL, tomando en cuenta que los requerimientos de información se sustentaban en la necesidad de verificar lo dispuesto en el artículo 59° del TUO de las Condiciones de Uso -que regula el procedimiento y los plazos para la atención de las solicitudes de traslado del servicio formulados por los abonados, puesto que existía problemas reportados por los propios abonados al OSIPTEL, y que fueron puestos en conocimiento por la Dirección de Atención y Protección al Usuario (DAPU) a través de los Memorandos N° 00681-GPSU/2019 y N° 00100-GPSU/2020.

A partir de lo indicado, se puede colegir que el requerimiento efectuado por la DFI se sustentó en la necesidad de contar con la información en el momento o circunstancia oportuna para llevar a cabo las acciones de supervisión necesarias orientadas a monitorear y garantizar la solución oportuna al proceso de traslado del servicio, pues de lo contrario sería irrelevante que se hayan establecido plazos para la entrega de la misma.

Ahora bien, con relación al nuevo enfoque de regulación responsiva, corresponde señalar que esta Instancia coincide con TELEFÓNICA en que es importante contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas en caso de la ocurrencia de infracciones. Sin embargo, estas herramientas que son situadas por Braithwaite en una pirámide (*Pyramid Enforcement*), no constituyen una estructura rígida, sino que funciona de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias concretas.

Al respecto, si bien algunos autores entienden la pirámide de Braithwaite como un listado de pasos a seguir en el orden estrictamente establecido, lo cierto es que la *Responsive Regulation* precisamente se caracteriza por la flexibilidad en el uso de las herramientas con las que se cuenta, dependiendo de las circunstancias y de los actores del caso en particular.

Tomando ello en cuenta, para determinar el inicio del presente PAS por el incumplimiento del artículo 7° del RGIS, el Órgano instructor consideró la relevancia del bien jurídico protegido por la disposición materia de controversia, así como los hechos observados durante la etapa de supervisión, a partir de lo cual resultaba adecuado el inicio de un PAS.

De este modo, dado que el objetivo del inicio del presente PAS, corresponde a la tutela del bien jurídico protegido, consistente en la labor de supervisión y fiscalización de la DFI, en tanto la no entrega de información completa y dentro del plazo establecido en la Carta C. 00799-GSF/2020 impidió justamente verificar lo establecido en el artículo 59° del TUO de las Condiciones de Uso, por lo que concernía aplicar una medida más gravosa a fin de persuadir a TELEFÓNICA adecuar su conducta a lo dispuesto por la normatividad vigente.

En tal sentido, el PAS constituye una medida eficaz que busca generar un efecto disuasivo de modo tal que TELEFÓNICA adopte las medidas necesarias que le permitan garantizar la remisión de información en los plazos establecidos por este Organismo Regulador, pues dicha información constituye el sustento para que ejerza adecuadamente su función de supervisión.





A partir de lo señalado, el inicio del presente PAS se encuentra justificado en el ejercicio de la facultad sancionadora del OSIPTEL ante el incumplimiento de TELEFÓNICA de la obligación que se encuentra tipificada como infracción y que, tal y como se ha señalado de forma previa, resulta de gran importancia toda vez que la remisión oportuna de la información coadyuvaba a determinar el motivo de los problemas suscitados en el proceso de traslado del servicio de los abonados, y con ello establecer una solución para beneficio de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Respecto del **juicio de necesidad**, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado. En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que, de imponerse la sanción, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones.

Ahora bien, en tanto TELEFÓNICA alega la adopción de medidas menos gravosas que cumplan con la finalidad, corresponde analizar si en el presente caso correspondería la posibilidad de imponer una Comunicación Preventiva, Medida de Advertencia, o Medida Correctiva.

Ahora bien, respecto a la imposición de Comunicaciones Preventivas, las mismas, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento General de Supervisión¹², se aplicaban en la etapa de monitoreo. No obstante, considerando que la infracción tipificada en el artículo 7° del RGIS, se ha detectado en la etapa de supervisión, no resultaba aplicable las comunicaciones preventivas previstas en el artículo 7° del referido Reglamento.

En cuanto a la imposición de Medidas de Advertencia contemplada en el Reglamento General de Supervisión y RGIS, se debe señalar que el incumplimiento del artículo 7° del RGIS, no se subsume en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 30°¹³ del Reglamento de Supervisión, vigente al momento de la supervisión, por lo que no resultaba posible su aplicación en este extremo del presente PAS.

¹² Aprobado por la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL y modificatoria. Actualmente denominado Reglamento General de Fiscalización.

¹³ **Artículo 30°.- Medidas de Advertencia**

Llevada a cabo la o las acciones de supervisión y constatado uno o varios hechos que constituyan incumplimiento, se podrá comunicar a la entidad supervisada una medida de advertencia en la cual se deje constancia del referido hecho y la posibilidad de aplicársele, de persistir en su comisión, las medidas o sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.

La medida de advertencia a ser comunicada será establecida por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión mediante un documento escrito dirigido a la entidad supervisada que adjunte el Informe de Supervisión que lo sustenta, al que se hace referencia en el artículo 15° del presente Reglamento.

Basado en el principio de Razonabilidad, la medida de advertencia se podrá emitir en los siguientes casos:

- a) Cuando el incumplimiento versa sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de dicha entrada en vigencia.*
 - b) En el marco de la primera acción de supervisión sobre determinada materia que se realiza a una entidad supervisada dentro del primer año en que, en virtud de su reciente título habilitante, inicia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.*
 - c) Que el incumplimiento detectado en la acción de supervisión haya sido corregido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de su detección y comunicado al OSIPTEL a más tardar al día hábil siguiente del vencimiento de dicho plazo, así como que se estime que la conducta infractora no causó daño efectivo o potencial.*
 - d) Cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la se refiere el artículo 16° del presente Reglamento, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Quinta Disposición Complementaria Final.*
 - e) Que la entidad supervisada se exceda hasta en tres (3) días del plazo establecido para la entrega de información solicitada mediante escrito del OSIPTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio.*
- (...)"





Por su parte, con relación a la imposición de una Medida Correctiva, la Exposición de Motivos del RGIS sugiere que la misma se aplica en el caso de infracciones administrativas de reducido beneficio ilícito, cuya probabilidad de detección es elevada y, en la que no se han presentado factores agravantes. Al respecto, cabe indicar que la imposición de una Medida Correctiva, es una potestad de la entidad y su aplicación dependerá de cada casuística presentada. Asimismo, se ha verificado que el incumplimiento del artículo 7° del RGIS, ocasionó retraso en la labor de supervisión del OSIPTEL, en vista que, el órgano competente no contó con la información necesaria para verificar el cumplimiento del artículo 59° del TUO de las Condiciones de Uso, en la oportunidad en que se previó desarrollar el procedimiento de supervisión, lo cual impidió a este Organismos determinar el motivo de los problemas con el proceso de traslado del servicio de sesenta y seis (66) abonados reportados por la DAPU.

Por tanto, el presente PAS tiene la finalidad de persuadir a la empresa operadora para que despliegue las acciones necesarias a fin que no vuelva a incurrir en la infracción imputada; más aún cuando no es la primera vez que se le inicia y sanciona por el incumplimiento referido al literal a) del artículo 7° del RGIS. Así se desprende del siguiente cuadro:

Cuadro N° 2.- Relación de multas impuestas a TELEFÓNICA por incumplir el literal a) del artículo 7° del RGIS

Expediente	Hechos Imputados	Resoluciones	Multa impuesta
00071-2019-GG-GFS/PAS	No remitió la información solicitada a través de la carta C. 366-GSF/2019, así como haber remitido información fuera de plazo mediante las cartas TDP-0988-AR-GGR-19, TDP-1020-AR-GGR-19, TDP-1082-AR-GGR-19.	276-2019-GG 004-2020-GG 041-2020-CD	51 UIT
00014-2019-GG-GFS/PAS	No remitió la información solicitada por el OSIPTEL en la comunicación C.01284-GSF/2018, respecto de 24832 registros.	286-2019-GG 034-2020-GG 057-2020-CD	150 UIT
00046-2010-GG-GSF/PAS	No cumplió con entregar información dentro del plazo perentorio otorgado mediante carta C.1612-GSF/2020, respecto de cuatro (4) tickets.	016-2021-GG 102-2021-GG	51 UIT
00126-2019-GG-GSF/PAS	No haber remitido dentro del plazo establecido la información requerida a través de las cartas N° 365-GSF/2019, N° 1241-GSF/2019 y N° 1613-GSF/2019.	313-2020-GG 133-2021-GG 122-2021-CD	90.56 UIT

Elaboración: UPS

En virtud de lo señalado y a la importancia del bien jurídico protegido que se pretende proteger, esta Instancia concuerda con el Órgano Instructor en que el inicio de un PAS era el único medio viable para persuadir a TELEFÓNICA a que en lo sucesivo, evite incurrir en nuevos incumplimientos de las obligaciones antes mencionadas.





Por tanto, aun cuando TELEFÓNICA señale que desplegó los esfuerzos a fin de presentar la información requerida por el OSIPTEL y que además no existe prueba de afectación en las labores de supervisión del OSIPTEL o a los usuarios, se advierte con lo expuesto que dichos esfuerzos no fueron suficientes para cumplir con remitir la información en el plazo establecido por el Regulador, y además cabe reiterar que el tipo infractor regulado en el artículo 7° del RGIS no incluye, dentro de sus elementos objetivos, que la falta de entrega de información en el plazo afecte alguna función del OSIPTEL o a los abonados, por lo que basta que no remita la información dentro del plazo establecido para que se configure la infracción.

En ese orden de ideas, esta Instancia considera que el inicio de este PAS – en contraposición con la comunicación de una Medida de Advertencia o Medida Correctiva- se ha realizado observando los Principios de Razonabilidad y Oportunidad, toda vez que se analizó que la medida a adoptarse sea necesaria, idónea y proporcional; buscando que la empresa operadora asuma los costos (vg. administrativos, económicos, de oportunidad) de su comportamiento y adopte mejores prácticas para dar cumplimiento a la normativa de telecomunicaciones vigente; por lo tanto, se cumple la dimensión del test de razonabilidad en lo que atañe al juicio de necesidad.

Finalmente, respecto del **juicio de proporcionalidad**, siendo que con este sub principio se busca establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, se considera que está estrechamente vinculado con el juicio de necesidad analizado precedentemente.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que efectivamente se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que la medida dispuesta por la DFI resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar, a fin que la empresa operadora no vuelva a incurrir en la infracción tipificada en el RGIS.

Así corresponde, tener en cuenta que el requerimiento de información efectuado a través de la Carta C. 799-GSF/2020, buscaba verificar el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 59 del TUO de las Condiciones de Uso (procedimiento y plazos de atención de las solicitudes de traslado de servicio), cuya inobservancia se encuentra tipificado como infracción, y que además perjudica la función supervisora del regulador, ya que no pudo corroborar de manera oportuna si la empresa operadora, dio efectivo cumplimiento de lo estipulado en el referido artículo.

Asimismo, como se ha explicado, el inicio del presente PAS busca generar un incentivo para que en lo sucesivo TELEFÓNICA sea más cautelosa en lo que concierne al cumplimiento de la normatividad que involucra su actividad. Es decir, es mayor el beneficio que se espera produzca la medida adoptada sobre el interés general, respecto al eventual desmedro sufrido por la empresa operadora. Por lo que, en el presente caso, se cumple con los parámetros del juicio de proporcionalidad.

De acuerdo a ello, la medida adoptada -inicio del PAS- observa plenamente el Principio de Razonabilidad. En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos presentados por TELEFÓNICA en este extremo.

1.4. Respetto a la vulneración del Principio Non Bis In Ídem.-





TELEFÓNICA señala en sus Descargos que la DFI ha vulnerado el Principio Non Bis In Ídem dado que le ha iniciado un PAS a pesar de tratarse de los mismos hechos, referido a que no habría remitido información solicitada con carácter obligatorio y dentro del plazo perentorio, mediante la carta C. 00799-GSF/2020, el mismo que precisamente fue tramitado en el Expediente N° 0061-2020-GG-GSF/PAS, y que se le impuso una sanción.

Asimismo, TELEFÓNICA añade que el Non bis in Ídem no sólo se aplica en aquellas situaciones en las que se haya impuesto una multa (Non bis in Ídem material); sino también, para aquellos casos en los que exista una doble investigación (Non bis in Ídem procesal). En ese sentido, indica la referida empresa operadora que en el presente caso se observa la segunda figura, en tanto el OSIPTEL imputa dos incumplimientos distintos por los mismos hechos y fundamentos, a pesar que existe triple identidad:

- i) *Identidad de sujeto*, puesto que es TELEFÓNICA la imputada,
- ii) *Identidad de Hecho*, considerando que la conducta investigada es la misma tanto para la obligación investigada en el Expediente N° 0061-2020-GG-GSF/PAS como en el presente PAS. En tanto que, en ambos expedientes se evalúa su presunta responsabilidad en torno a la supuesta falta de presentación de información completa solicitada por medio de la carta C.0799- GSF/2020, e
- iii) *Identidad de fundamento*, debido a que en ambos procedimientos el bien jurídico que se busca proteger es el mismo, dado que en ambos expedientes sancionadores se imputa la misma infracción administrativa recaída en el artículo 7° del RGIS.

En ese sentido, TELEFÓNICA solicita se declare el archivo definitivo del presente procedimiento, a efectos de asegurar la legalidad y razonabilidad de la decisión adoptarse.

Con relación, a la supuesta vulneración del Principio de Non Bis in Ídem, esta Instancia, considera importante hacer mención a lo señalado en el numeral 11 del artículo 248° del TUO de la LPAG que dispone:

“Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

“11. Non bis in ídem.- *No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.*

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

De la lectura de la norma citada, se desprende que, el supuesto de hecho para la aplicación del principio de non bis in ídem, requiere que se haya impuesto previa o simultáneamente, una sanción en vía penal o administrativa, ante lo cual, la Administración Pública no podrá aplicar sanción, siempre y cuando se cumpla con el requisito de identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico.





Asimismo, cabe recordar que como contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, el Principio de non bis ídem constituye un límite en el ejercicio de la potestad sancionadora de las entidades de la Administración Pública, el cual contiene una doble configuración conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: "(...) El principio non bis in ídem tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal: a. En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. (...). b. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)¹⁴".

Sin embargo, el Tribunal Constitucional añade que, no basta la sola existencia de dos procesos o dos condenas impuestas, ya que estos no pueden ser los únicos fundamentos para activar la garantía de la non bis in ídem, al ser necesario, previamente, la verificación de la existencia de una resolución que tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. Es después de verificar este requisito previo que se pasará a analizar la triple identidad exigida para la configuración del referido principio¹⁵.

En ese sentido, si bien en el PAS tramitado en el Expediente N° 00061-2020-GG-GSF/PAS, en un primer momento existió una tentativa de multa impuesta a través de la Resolución N° 138-2020-GG/OSIPTEL, la misma no tuvo efecto legal alguno y no ostenta el carácter de cosa decidida, ya que la Resolución de sanción no llegó a confirmarse por la Segunda Instancia del OSIPTEL, y por ende declararse firme para ser exigible a la empresa operadora, teniendo en cuenta que a través de la Resolución N° 171-2021-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo del OSIPTEL se pronunció sobre la configuración de la caducidad del procedimiento (aspecto formal) mas no de fondo del mismo, estando facultado este Organismo, en atención a lo dispuesto por el numeral 259.4 del artículo 259° del TUO de la LPAG a iniciar un nuevo PAS, siempre y cuando no haya operado la prescripción, tal como ha ocurrido en el presente caso. Dicha postura ha sido incluso acogida mayoritariamente por la Doctrina (Hernández González¹⁶, Aguado I Cudola¹⁷, García Sanz¹⁸, Tardío Pato¹⁹, De Diego Diez²⁰), que ha considerado lícita la reapertura de un PAS, siempre que no hubiese expirado el plazo de la prescripción de la correspondiente infracción, lo cual no implica vulneración alguna al Principio de Non Bis in Ídem tanto en su vertiente material como formal, al no existir sanción previa jurídicamente es válida.

¹⁴ Sentencias recaídas en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, Fundamento 19, y en el Expediente N° 1300-2002-HC/TC, Fundamento 25.

¹⁵ STC N° 02110-2009-PHC/TC y N° 02527-2009-PHC/TC (acumulado), fundamento 20.

¹⁶ HERNANDEZ GONZALEZ, F.L., "La Caducidad del procedimiento Administrativo". Montecorvo, Madrid, 1998.

¹⁷ AGUADO I CUDOLA, V., "Prescripción y Caducidad en el ejercicio de potestades administrativas", Marcial Pons, Madrid, 1999.

¹⁸ GARCÍA SANZ, F.J., "La caducidad de los procedimientos administrativos sancionadores por transcurso del plazo máximo para notificar la resolución. Análisis de su aplicación práctica", La Ley, Tomo II, 2005, págs., 1790-1802.

¹⁹ TARDÍO PATO, J.A., "Consideraciones sobre la caducidad del procedimiento administrativo", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. N° 298-299, 2005, págs. 11-54.

²⁰ DIEGO DIEZ, L.A., "Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador", Bosch, Barcelona, 2009.





Por consiguiente, el inicio del presente PAS resulta legal, a comparación del Expediente N° 00012-2017-GG-GSF/PAS invocado por TELEFÓNICA, en el cual no se inició un PAS respecto de los IMEIs que habían sido reportados durante el año 2015, precisamente porque -conforme lo menciona la propia empresa operadora-, dichos IMEIs ya habían sido objeto de procesamiento y sanción de 45,90 UIT impuesta a través de la Resolución N° 062-2018-GG/OSIPTEL, y confirmada por el Consejo Directivo del OSIPTEL por medio de la Resolución N° 216-2018-CD/OSIPTEL, situación que no se ha dado en el presente caso, ya que el procedimiento declarado caduco del cual deviene el caso materia de análisis concluye con una mera resolución formal, es decir, la Administración no sanciona dos veces -considerando que el Principio Non Bis in ídem en su dimensión material prohíbe “ser juzgado y sancionado en más de una ocasión”, por lo que no resulta aplicable el criterio utilizado en el caso invocado por la administrada.

En ese sentido, esta Instancia considera que no se ha afectado el Principio del Non Bis In ídem en el presente caso, por lo que corresponde desestimarse este extremo.

2. Respetto de la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad.-

Determinada la comisión de una (1) infracción tipificada en el artículo 7° del RGIS, corresponde que esta Instancia evalúe si en el presente caso, se ha configurado las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG, como en el artículo 5° del RGIS:

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: En cuanto al incumplimiento del literal a) del artículo 7° del RGIS, de lo actuado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se produjo como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio. Por tanto, no corresponde aplicar el supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: en el presente procedimiento, TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento del literal a) del artículo 7° del RGIS, se haya producido como consecuencia del cumplimiento de un deber u obligación legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza este eximente, siendo que TELEFÓNICA es una persona jurídica no corresponde aplicar el citado eximente de responsabilidad en este caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento del literal a) del artículo 7° del RGIS, se produjo por el cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento, se concluye que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento del literal a) del artículo 7° del RGIS, se generó por un error inducido por la Administración o





por disposición administrativa confusa e ilegal. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativo, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253° del TUO de la LPAG: La subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad. Por ello a efectos de determinar si se ha configurado dicha eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:
 - La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
 - La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
 - La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
 - La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

Es importante señalar que, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ella ocurra, existirán incumplimientos que para ser subsanados requerirán, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma. Por otro lado, debe precisarse que existirán aquellos incumplimientos cuyos efectos resulten fáctica y jurídicamente irreversibles. Serán en estos últimos casos, donde la subsanación no resultará posible y, por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

Asimismo, conviene precisar que si bien en un PAS, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponden al administrado que los plantea.

En esa línea, Nieto²¹ - haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español - señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad; y, de ser el caso, atenuantes.

En el presente caso, TELEFÓNICA no ha acreditado el cese de la conducta infractora, ya que si bien mediante las cartas N° TDP-02207-AF-GGR-20 y TDP-2516-AF-GGR-20 recibidas el 11 de agosto de 2020 y 01 de septiembre de 2020, respectivamente, remitió parte de la información requerida, a la fecha de emisión del presente informe no remitió la totalidad de información.

Asimismo, esta Instancia coincide con el Informe Final de Instrucción, en que, en el presente caso, la no entrega de la información en el plazo establecido y la entrega de información incompleta ocasionó retraso en la labor de supervisión del OSIPTEL, en vista que, el órgano competente no contó con la información necesaria para verificar el

²¹ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. Página N° 424.





cumplimiento del artículo 59° del TUO de las Condiciones de Uso, en la oportunidad en que se previó desarrollar el procedimiento de supervisión.

Por ello, aun en el caso negado que hubiera sido posible obtener la información por otros medios, ello implica la demora o interrupción del proceso regular de la supervisión, en este caso en particular, de verificar el proceso de traslado del servicio realizadas por los abonados; las cuales, vulneran directamente el derecho de los abonados de que sus solicitudes vinculadas a su servicio público de telecomunicaciones sean atendidas oportunamente. Por ello, siendo que los recursos del OSIPTEL para supervisar la totalidad de las obligaciones de las empresas operadoras son limitados, aquellos destinados a obtener la información por otras fuentes distintas a la propia empresa operadora obligada (en los tiempos y forma señalados por el Organismo Regulador), y que pudieron destinarse a la supervisión de otras obligaciones, no son recuperables; motivo por el cual, en este caso, la conducta infractora de TELEFÓNICA ha generado efectos que no pueden revertirse.

Siendo así, al no cumplirse con las condiciones que deben concurrir para la aplicación de lo previsto en el literal f) del numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG, no podría eximirse de responsabilidad a dicha empresa operadora; careciendo de sentido el análisis en este apartado, de los demás requisitos previstos en dicha norma.

III. DETERMINACIÓN Y GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.-

3.1 Criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG

A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. Así, procede el siguiente análisis:

a) Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción: Dicho criterio se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio ilícito no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido por las empresas operadoras para dar cumplimiento a las normas.

➤ **Literal a) del artículo 7° del RGIS**: De acuerdo con la Guía de Cálculo de multas²², se precisa que se debe utilizar la metodología del Beneficio Ilícito que podría obtener la empresa como consecuencia de dicha conducta.

²² El Informe N° 152-GPRC/2019 se encuentra publicado en la página web del OSIPTEL en el siguiente link: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/inf152-gprc-2019/Inf152-GPRC-2019.pdf>





En ese sentido, se procede a calcular el valor del Beneficio ilícito, el cual es dividido por la probabilidad de detección, llevado a valor presente utilizando el factor de actualización.

- b) Probabilidad de detección de la Infracción: Este criterio está representado por la probabilidad de que la infracción sea detectada por el OSIPTEL. En un caso óptimo, la probabilidad de detección debería calcularse como la cantidad de veces que la autoridad administrativa consigue descubrir al infractor entre el total de infracciones cometidas. Sin embargo, ante la imposibilidad de tener conocimiento del total de infracciones incurridas, se tiene que recurrir a formas alternativas para estimar dicha probabilidad.

➤ **Literal a) del artículo 7° del RGIS:**

Se observa que TELEFÓNICA no cumplió con remitir la información solicitada con carácter obligatorio, dentro del plazo perentorio otorgado. En ese sentido, la probabilidad de detección de la misma es *muy alta*, debido a que el incumplimiento puede verificarse con la revisión de la información ingresada al OSIPTEL vencido el plazo establecido. Asimismo, porque se trata de información que debe ser remitida al OSIPTEL por la empresa operadora en el marco de sus obligaciones.

- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido: Este criterio está contemplado también en los literales a) y b) del artículo 30° de la LDFP, referidos a la naturaleza y gravedad de la infracción y el daño causado por la conducta infractora.

- **Literal a) del Artículo 7° del RGIS.-** Debe considerarse que la información solicitada a TELEFÓNICA, a través de la carta C. 00799-GSF/2020, tenía por finalidad coadyuvar a verificar el cumplimiento de la empresa operadora de lo dispuesto en el artículo 59° del TUO de las Condiciones de Uso y debido a que, la referida empresa no cumplió con lo requerido, la DFI no pudo verificar la obligación referida al procedimiento y los plazos para la atención de solicitudes de traslado de servicio efectuados por los usuarios.

Sobre el particular, es oportuno destacar que es obligación de toda empresa operadora de remitir a este Organismo información veraz y completa dentro de los plazos establecidos, en la medida que ella constituye el fundamento o uno de los fundamentos para que ejerza adecuadamente sus funciones.

En este sentido, la no remisión de la información en los plazos establecidos, no solo afecta una o más de las funciones legalmente encomendadas (supervisora, reguladora, sancionadora, etc.) del OSIPTEL, sino también podría afectar negativamente a uno o más de los agentes del mercado o a los abonados, afectación que como resulta evidente, afecta en último término el interés público cuya protección está encomendada al OSIPTEL.

- d) Perjuicio económico causado:

Al respecto, si bien no existen elementos objetivos que permitan determinar el perjuicio económico causado por los incumplimientos detectados, ello no significa que estos no se hayan producido.





- **Literal a) del Artículo 7° del RGIS.-** Si bien no existen elementos objetivos que permitan cuantificar el perjuicio económico, no debe dejarse de lado que al no contar con información oportuna, no permitió al OSIPTEL conocer a dicha fecha si la empresa operadora estaba atendiendo las solicitudes de traslado del servicio presentado por los abonados y -en su momento- efectúe alguna acción a fin de que no se siga perjudicando a los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.

e) Reincidencia en la comisión de la infracción:

En el presente caso, no se ha configurado la figura de la reincidencia en el marco de lo dispuesto en el literal e) del numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, en concordancia con lo establecido en el literal a) del numeral ii) del artículo 18° del RGIS.

f) Circunstancias de la comisión de la infracción:

- **Literal a) del artículo 7° del RGIS.-**

Conforme se ha evaluado en la presente Resolución, se advierte que TELEFÓNICA no remitió la información en el plazo establecido, requerida mediante la carta C. 799-GSF/2020, afectando la función supervisora del OSIPTEL respecto a la verificación de obligaciones vinculadas al proceso de traslado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Sobre el particular, es oportuno destacar que toda información proporcionada por una empresa operadora a este Organismo debe ser cierta, veraz y completa en la medida que ella constituye el fundamento o uno de los fundamentos para que ejerza adecuadamente sus funciones.

En este sentido, la información no remitida en los plazos establecidos y que sea tomada como base por este Organismo para ejercer una o más de sus funciones legalmente encomendadas (supervisora, reguladora, sancionadora, etc.), podría no solo inducir a error a la Administración Pública, sino afectar negativamente el interés público cuya protección está encomendada al OSIPTEL, como es supervisar obligaciones que han sido reportadas por los propios usuarios con problemas en su cumplimiento, como el caso del procedimiento de traslado del servicio.

g) Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor:

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

Por tanto, atendiendo a los hechos acreditados en el presente PAS, así como, luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el TUO de la LPAG (en específico, a los criterios de “beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción” y “probabilidad de detección de la infracción”), corresponde sancionar a TELEFÓNICA conforme a lo siguiente:

- (i) Con una multa de **CINCUENTA Y UNO (51) UIT** por la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 7° del RGIS, por cuanto no habría entregado la





información requerida mediante la carta C. 00799-GSF/2020, dentro del plazo perentorio establecido.

3.2 Con relación a la aplicación de atenuantes de responsabilidad.-

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

- Si iniciado un PAS, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
- Otros que se establezcan por norma especial.

Así las cosas, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18° del RGIS, son factores atenuantes en atención a su oportunidad, el reconocimiento de la responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora. Dichos factores - según el mencionado artículo - se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en la LPAG.

Dichos factores -según el mencionado artículo- se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en el TUO de la LPAG y en el RGIS, para lo cual se realizará el siguiente análisis:

- Reconocimiento de responsabilidad: De los actuados del expediente se advierte que TELEFÓNICA no ha reconocido su responsabilidad de forma expresa y por escrito en ninguna etapa del presente procedimiento, por ninguna de las infracciones imputadas.
- Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: Tal como ha sido analizado de manera previa, se verifica que TELEFÓNICA no ha acreditado el cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa tipificada en el literal a) del artículo 7° del RGIS.
- Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: Sobre el particular, conforme a lo desarrollado en los párrafos precedentes, es preciso indicar que en el presente caso, no es posible revertir los efectos derivados de la conducta, puesto que la no remisión de la información en el plazo y la remisión de información incompleta trajo como consecuencia la no supervisión del cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 59° del TUO de las Condiciones de Uso, referida al procedimiento y los plazos para la atención de solicitudes de traslado de servicio efectuados por los usuarios, por lo que el OSIPTEL no pudo adoptar de manera oportuna alguna medida para revertir dicha situación.
- Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora: TELEFÓNICA no ha acreditado la adopción de medidas orientadas a asegurar la no repetición del incumplimiento detectado.

3.3 Capacidad económica del infractor





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

De acuerdo a lo señalado por el artículo 25° de la LDFF, las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por TELEFÓNICA en el año 2020 (considerando que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2019).

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL y de acuerdo con el artículo 18° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** con una **MULTA** de **51 UIT** por la infracción tipificada como grave en el literal a) del artículo 7° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por cuanto no habría entregado la información requerida mediante la cartas C. 00799-GSF/2020, dentro del plazo perentorio establecido, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Las multas que se cancelen íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, serán reducidas en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sean impugnadas, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Artículo 4°.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página web del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe), y en el Diario Oficial “El Peruano” en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,



SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL

BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 1eD7387J86Yw2

22 | 22