

<b>A</b>	:	<b>RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO</b>
<b>CC</b>	:	<b>FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN</b>
<b>ASUNTO</b>	:	<b>RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 161-2022- GG/OSIPTEL</b>
<b>REFERENCIA</b>	:	<b>Expediente N° 00108-2021-GG-DFI/PAS</b>
<b>FECHA</b>	:	<b>3 de octubre de 2022</b>

	<b>CARGO</b>	<b>NOMBRE</b>
<b>ELABORADO POR:</b>	<b>ANALISTA LEGAL EN TEMAS DE TRANSPARENCIA</b>	<b>ROXANA PATRICIA DÍAZ IBERICO</b>
<b>REVISADO Y APROBADO POR:</b>	<b>DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA</b>	<b>LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA</b>



**I. OBJETO**

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 161-2021-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le impuso una (1) multa de 35,9 UIT, por la presunta comisión de la infracción tipificada como grave por el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones<sup>1</sup>, en adelante, RGIS).

**II. ANTECEDENTES**

- 2.1. El 5 de noviembre de 2021, a través de la carta N° 2379-DFI/2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a TELEFÓNICA el inicio del PAS, al haberse verificado que habría incumplido lo siguiente:

Norma incumplida		Conducta imputada	Norma que tipifica	Tipo infractor
RGIS	Literal a) del artículo 7	Incumplió con remitir, dentro del plazo perentorio, la información completa solicitada en la carta N° 998-DFI/2021 y reiterada mediante carta N° 1221-DFI/2021.	Literal a) del artículo 7	Grave

- 2.2. El 13 de diciembre de 2021, luego de concedérsele la prórroga de plazo requerido, mediante carta N° TDP-4216-AR-ADR-21, TELEFÓNICA remitió sus descargos solicitando, a su vez, un informe oral, pedido que fue denegado mediante carta N° 2746-DFI/2021
- 2.3. Mediante Informe N° 14-DFI/2022 de fecha 8 de febrero de 2022 (en adelante, Informe Final de Instrucción), la DFI remitió a la Gerencia General el análisis del procedimiento administrativo; el mismo que fue remitido a TELEFÓNICA, a través de la carta N° 119-GG/2022, notificada el 11 de febrero de 2022.
- 2.4. El 9 de marzo de 2022, mediante carta N° TDP-1157-AR-ADR-22, TELEFÓNICA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- 2.5. Mediante Resolución N° 161-2022-GG/OSIPTEL, notificada el 23 de mayo de 2022, la Gerencia General resolvió lo siguiente:

Norma incumplida		Tipificación	Conducta imputada	Decisión Primera Instancia
RGIS	Literal a) del artículo 7	Literal a) del Artículo 7	Incumplió con remitir la información completa requerida mediante la carta N° 998-DFI/2021 y reiterada a través de la carta N° 1221-DFI/2021.	1 Multa de 35,9 UIT

- 2.6. El 14 de junio de 2022, mediante la carta N° TDP-2472-AR-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 161-2021-GG/OSIPTEL.

<sup>1</sup> Debe indicarse que, el Consejo Directivo del OSIPTEL a través del artículo segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el Reglamento General de Infracciones y Sanciones.



- 2.7. Mediante Resolución N° 188-2022-GG/OSIPTEL, notificada el 16 de junio de 2022, la Primera Instancia dispuso: i) encauzar de oficio dicho recurso a fin de que se le otorgue el trámite de Recurso de Apelación, toda vez que los argumentos formulados por la empresa operadora constituyen una materia de puro de derecho que no corresponde ser analizada en el marco de un Recurso de Reconsideración y, que ii) el Expediente N° 108-2021-GG-DFI/PAS sea elevado al Consejo Directivo del OSIPTEL, en su calidad de Segunda Instancia Administrativa.
- 2.8. Mediante Memorando N° 245-GG/2022 del 20 de junio de 2022, la Primera Instancia elevó a la Secretaría del Consejo Directivo el Recurso interpuesto por TELEFÓNICA.
- 2.9. El 8 de julio de 2022, mediante carta N° TDP-2715-AG-ADR-22, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 188-2022-GG/OSIPTEL.

### **III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA**

De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>2</sup> (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

### **IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

TELEFÓNICA sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1. El procedimiento ha sido resuelto por un órgano que no contaría con competencia para evaluar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Decisión N° 854, razón por la cual dicho acto administrativo resultaría inválido.
- 4.2. Se habría vulnerado el Principio de Verdad Material, en tanto habría cumplido con presentar el total de la información solicitada mediante la carta N° 998-DFI/2021.
- 4.3. Se habría configurado el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, al haber subsanado la conducta infractora antes de la notificación de imputación de cargos.
- 4.4. El inicio del presente procedimiento sancionador no cumpliría con las tres dimensiones del test de razonabilidad y es contrario al enfoque preventivo del enforcement regulatorio adoptado por el OSIPTEL.
- 4.5. Correspondería revocar el encauzamiento de su Recurso de Reconsideración, en tanto considera que en otros procedimientos se ha analizado pruebas cuestiones de "puro derecho" como nueva prueba.



<sup>2</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

## V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:

### 5.1. **Sobre la supuesta falta de competencia del órgano que evaluó el cumplimiento de la Decisión N° 854**

TELEFÓNICA alega que, en el presente caso, resulta imprescindible que el OSIPTEL cuente con competencia expresa para requerir información e iniciar un procedimiento sancionador como resultado de la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Decisión N° 854, ello considerando lo dispuesto en el artículo 22 de la misma que, a su entender, prevé que los requerimientos de información sobre la implementación de las obligaciones corresponde a la propia Comunidad Andina, razón por la cual el OSIPTEL no sería el órgano competente para el análisis del presente caso. Para tal efecto, la empresa invoca el pronunciamiento emitido en la Resolución N° 140-2019-CD/OSIPTEL.

Al respecto, esta Oficina coincide con la Primera Instancia en que la facultad de supervisión, así como la de fiscalización y de sanción de los agentes regulados del sector de los servicios públicos de telecomunicaciones es competencia del OSIPTEL, ello en el marco de lo previsto en: i) el artículo 24<sup>3</sup> de la Ley N° 27336, Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF), ii) los artículos 1 y 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos así como los artículos 36<sup>4</sup> y 40<sup>5</sup> del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, que aprobó el Reglamento General del OSIPTEL.

Asimismo, la Decisión N° 854, establece que el incumplimiento de las disposiciones se rige por la normativa de cada país miembro de la Comunidad Andina, tal como se detalla a continuación:

#### **“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

**PRIMERA.-** *Cualquier incumplimiento a las disposiciones previstas en la presente Decisión dará lugar a la aplicación de sanciones conforme a la normatividad vigente sobre la materia en cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina.*

<sup>3</sup> **“Artículo 24.- Facultad sancionadora y de tipificación**

24.1 OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley.

24.2 La imposición de una sanción no exime del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad sancionada. Para dichos efectos, la notificación de la sanción contendrá la intimación al cumplimiento de la obligación, dentro del plazo fijado, y bajo apercibimiento de la aplicación de nuevas sanciones. El incumplimiento de dicha intimación se considerará, como agravante de la infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 34 de la presente Ley o de las disposiciones que sobre el particular emita OSIPTEL.”

<sup>4</sup> **“Artículo 36.- Definición de Función Supervisora**

La función supervisora permite al OSIPTEL 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. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad supervisada.  
(...)”

<sup>5</sup> **“Artículo 40.- Definición de Función Fiscalizadora y Sancionadora**

La función fiscalizadora y sancionadora permite al OSIPTEL 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.  
(...)”



*Los Países Miembros, ante los incumplimientos de las condiciones a nivel mayorista, colaborarán con sus homólogos, informando sobre los hechos y evidencias pertinentes proporcionados por los regulados que permitan establecer las responsabilidades.”*

Es así que, teniendo en cuenta el marco normativo antes citado, el OSIPTEL tiene competencia para la fiscalización de las obligaciones contenidas en la Decisión N° 854 y, por tanto, los proveedores del servicio de roaming internacional son también agentes regulados por este Organismo.

Ahora bien, TELEFÓNICA alega que, el artículo 22<sup>6</sup> de la Decisión N° 854 dispone que el requerimiento de información sobre la implementación de las obligaciones corresponde a la propia Comunidad Andina.

Respecto a ello, a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA, corresponde indicar que en la Segunda Disposición Transitoria de la Decisión N° 854 se establece que será la Autoridad Nacional Competente de cada país quien, en coordinación con la Secretaría General de la Comunidad Andina, desarrollan un proceso de revisión de mercado con la información del mismo; por lo que, al ser la autoridad nacional quien debe tener la información del mercado de su país es quien, en atención a sus facultades, cuenta con competencia para requerir información.

Complementariamente, cabe indicar que, que si bien la propia Decisión N° 854 no establece un régimen sancionador común para los países miembros, tal como se ha indicado, en su Primera Disposición Complementaria se establece que cualquier incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones conforme a la normativa interna de cada país.

En esa línea, y de acuerdo al marco normativo vigente anteriormente descrito, el OSIPTEL - como encargado de hacer cumplir las normas referentes a los servicios públicos de telecomunicaciones – tiene facultad fiscalizadora respecto a las obligaciones derivadas de la Decisión N° 854 que se encuentran a cargo de las empresas prestadoras del servicio de roaming internacional, siendo que – como parte de dicha facultad – este Organismo se encuentra habilitado a realizar requerimientos de información sobre dicha materia, por lo que se descarta vulneración alguna al Principio de Legalidad en tanto este Organismo cuenta con atribución asignada expresamente por ley para el análisis del presente caso.

Finalmente, con relación a la Resolución N° 140-2019-CD/OSIPTEL invocada por TELEFÓNICA, si bien la misma desarrolla el razonamiento sobre la falta de competencia del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) respecto a un caso en particular, los hechos que la misma analiza no tienen relación con los que son materia del presente PAS, por lo que corresponde desestimar su invocación, en tanto no desvirtúa los fundamentos de la resolución impugnada.

Por lo expuesto, se descartan los argumentos alegados por TELEFÓNICA en este extremo.

## **5.2. Sobre la presunta vulneración del Principio de Verdad Material**

TELEFÓNICA señala que, presentó la información solicitada por la DFI lo cual, a su entender, no ha sido valorado. Así, indica que, mediante la carta N° TDP-1656-AR-GGR-21 presentó la información solicitada de acuerdo a sus posibilidades técnicas para su procesamiento y extracción precisando, a la vez, que la información relativa los CDR

<sup>6</sup> "Artículo 22.- Monitoreo del mercado de roaming internacional

*La Secretaría General de la Comunidad Andina podrá realizar el monitoreo del mercado del servicio de roaming internacional en los Países Miembros, para lo cual podrá realizar los requerimientos de información a los proveedores del servicio, a través de los canales que estime convenientes."*



facturados de las líneas móviles que cursaron tráfico en su red se encontraba en generación.

Luego, indica que, con carta N° TDP-1954-AR-GGR-21 presentó la información referente a los “*reportes de tráfico utilizados para la liquidación del servicio de roaming, por el período comprendido entre el 1 de enero y el 30 de abril de 2021*”.

Finalmente, alega que, con la carta N° TDP-2743-AF-ASR-21 completó la información que, dada las dificultades técnicas y trabajos necesarios para su extracción, había quedado pendiente de envío por lo que, dicha empresa señala que, sí presentó la información sobre los puntos a y b del numeral (ii) de la carta N° 998-DFI/2021 y N° 1211-DFI/2021, esto es:

- a. *Información de los CDR facturados de aquellas líneas móviles de los concesionarios móviles de Bolivia, Colombia y Ecuador que hayan cursado tráfico a través de la red de dicho concesionario móvil, correspondiente al período comprendido desde el 19 de julio de 2020 al 30 de abril de 2021.*
- b. *Reportes de tráfico enviados utilizados para la liquidación del servicio de roaming para el período entre 1 de enero al 30 de abril de 2021.*

Por ello, TELEFÓNICA señala que, resulta errado y contrario a la realidad material el argumento referente a que no habría presentado la información requerida por la DFI, por lo cual considera que, la evaluación realizada por la Primera Instancia sería carente de motivación, contraria al debido procedimiento, la buena fe procedimental y al Principio de Verdad Material.

Al respecto, a partir de los hechos materia del presente PAS y de acuerdo a lo informado por la DFI en el Memorando N° 356-DFI/2022, se ha verificado que, luego del análisis de la carta N° TDP-2743-AF-ASR-21 - con la cual TELEFÓNICA afirma haber completado la información solicitada por la DFI y que fue remitida con ocasión de los descargos al Informe Final de Instrucción -, dicha empresa presentó información que no corresponde con la que fue requerida en el literal a) del numeral ii) de la carta N° 998-DFI/2021 y que fue reiterada mediante la carta N° 1221-DFI/2021.

Así, de la evaluación de dicha comunicación, se concluyó lo siguiente:

(...)

*Es así que, de la revisión del medio probatorio presentado y lo alegado por TELEFÓNICA en sus descargos, se advierte que, en dicha oportunidad, la administrada remitió los CDR correspondientes a sus abonados que habían cursado tráfico a través de redes del extranjero mediante el Servicio de Roaming Internacional; es decir, lo opuesto a la información que se requirió a través de las comunicaciones señaladas en el párrafo precedente, como lo sería, la relación de líneas móviles de abonados de empresas extranjeras que habían cursado tráfico a través de la red de TELEFÓNICA. Por lo que la información presentada a través de la comunicación N° TDP-2743-AF-ASR-21, no corresponde con la requerida.*

(...)

[Subrayado agregado]

En tal sentido, considerando que, además, TELEFÓNICA no ha remitido medios probatorios adicionales con ocasión de su Recurso de Apelación a efectos de cumplir lo solicitado por la DFI en su oportunidad se advierte que, a la fecha, aún mantiene pendiente de entrega la información solicitada en el literal a) del numeral ii) de la carta N° 998-DFI/2021 y que fue reiterada mediante la carta N° 1221-DFI/2021, es decir, aquella referente a los “*CDR facturados de aquellas líneas móviles de las empresas operadoras de Bolivia, Colombia y*



*Ecuador que hayan cursado tráfico a través de la red de su representada, donde se identifique la empresa operadora a la cual pertenezca cada línea”.*

Así, conforme a lo desarrollado por la Primera Instancia, dicha situación ha afectado la labor supervisora de este Organismo, pues lo expuesto impidió que se pueda verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la Decisión N° 854 respecto a la tarifa mayorista establecida para el caso del “*Servicio de Roaming Internacional entre los países miembros de la Comunidad Andina*”, para el período entre el 1 de enero al 30 de abril de 2021, respecto de lo cobrado a todas las empresas operadoras de Bolivia, Colombia y Ecuador que hayan cursado tráfico a través de la red de TELEFÓNICA.

Ahora bien, el hecho que dicha empresa discrepe de la evaluación realizada por la Primera Instancia, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de un defecto en su motivación, más aun habiéndose acreditado que, TELEFÓNICA no ha cesado su conducta respecto a la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del RGIS imputada en el presente PAS, tal como se ha detallado anteriormente.

Finalmente, corresponde incidir que, el trámite del presente procedimiento tanto en la etapa de instrucción como en la Primera Instancia, se llevó a cabo garantizando el debido procedimiento y el derecho de defensa de la empresa operadora, con sujeción estricta a lo dispuesto en la normativa, actuando dentro de los márgenes de las facultades que le han sido atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En consecuencia, los argumentos presentados por TELEFÓNICA en este extremo quedan desvirtuados y, por tanto, se descarta alguna vulneración al Principio de Verdad Material.

### **5.3. Sobre la aplicación del eximente de responsabilidad**

TELEFÓNICA expresa que, debió aplicarse el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la conducta investigada, en tanto habría presentado el íntegro de la información solicitada por la DFI, ello a través de las cartas N° TDP-1656-AR-GGR-21, N° TDP-1954-AR-GGR-21 y N° TDP-2743-AF-ASR-21, de manera voluntaria y antes de la notificación de cargos.

Al respecto, TELEFÓNICA sostiene que la Primera Instancia debió aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, en tanto para su configuración no se requiere de la reversión de los efectos de la conducta infractora. Asimismo, precisa que la negativa de aplicar el eximente de responsabilidad por parte de la Primera Instancia resultaría ilegal, dado que se sustenta en mayores condiciones a las establecidas en el TUO de la LPAG.

Además, TELEFÓNICA refiere que en el trámite del procedimiento de supervisión y en el presente PAS no se advierte alguna prueba relativa a la afectación en las labores de supervisión del OSIPTEL y/o usuarios. Del mismo modo, TELEFÓNICA alega que, la Primera Instancia no ha demostrado los efectos que no se habrían podido revertir; en tal sentido, TELEFÓNICA sostiene que la pretensión sancionadora no puede basarse en la expresión de premisas en torno a unos supuestos en abstracto. A efectos de sustentar dicha posición, TELEFÓNICA invoca la Resolución de Gerencia General N° 157-2020-CD/OSIPTEL.

Sobre el particular, con relación a lo alegado por TELEFÓNICA sobre la reversión de los efectos de la conducta infractora a efectos de la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria corresponde señalar que, dicha empresa conoce plenamente



los alcances de la aplicación de dicho eximente conforme a anteriores pronunciamientos del Consejo Directivo<sup>7</sup>.

Cabe indicar que, el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG prevé que constituye condición eximente de la responsabilidad por infracciones, entre otras, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

Así, dicha disposición ha sido recogida en el artículo 5 del RGIS, con el siguiente texto:

**“Artículo 5.- Eximentes de responsabilidad**

*Se consideran condiciones eximentes de responsabilidad administrativa las siguientes:*

*(...)*

*iv) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el artículo 22.*

*Para tales efectos, deberá verificarse que la infracción haya cesado y que se hayan revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, la subsanación deberá haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación, expresamente consignado en carta o resolución.*

*(...)*”

[Subrayado agregado]

Como se puede advertir, el RGIS no establece requisitos adicionales a los indicados en el TUO de la LPAG para la aplicación del eximente de subsanación voluntaria, **sino que ha determinado el contenido del eximente de responsabilidad mencionado con el objeto de generar predictibilidad en el administrado.**

Así, dicho en otros términos y conforme a lo expuesto por este Consejo Directivo<sup>8</sup>, el RGIS no regula condiciones menos favorables a las establecidas en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG. Por el contrario, el RGIS desarrolla qué debe entenderse por subsanación voluntaria.

Ahora bien, dado que el TUO de la LPAG no define qué se entiende por subsanar, es perfectamente válido recurrir al diccionario para dotar de contenido a dicho término. Sobre el particular, el Diccionario de la Real Academia Española define el verbo “subsana” como “reparar o remediar un defecto” o “resarcir un daño”. Se advierte, por consiguiente, que exigir la reparación de los efectos dañinos de una conducta contraria a derecho, es coherente con la definición que el lenguaje otorga a la palabra “subsana”.

En ese sentido, a efectos de determinar si se ha configurado dicho 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,

<sup>7</sup> Mayor detalle en las Resoluciones N° 040-2021-CD/OSIPTEL, N° 124-2021-CD/OSIPTEL y N° 239-2021-CD/OSIPTEL.

<sup>8</sup> Mayor detalle en la Resolución N° 040-2021-CD/OSIPTEL.



- La subsanación no debe producirse como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

De lo expuesto, esta Oficina comparte lo sostenido por la Primera Instancia en tanto, “(...) dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ello ocurrió, habrá incumplimientos que para ser subsanados requieran, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma, y habrá aquellos otros incumplimientos que cuyos efectos resulten irreversibles, fáctica y jurídicamente. En estos últimos casos, la subsanación no será posible y, por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.”

Sin perjuicio de ello, tal como se ha desarrollado en el numeral 5.2 del presente informe, no se ha configurado el cese de conducta de TELEFÓNICA respecto de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del RGIS imputada en el presente PAS en tanto, a la fecha, mantiene pendiente de entrega la información solicitada en el literal a) del numeral ii) de la carta N° 998-DFI/2021 y que fue reiterada mediante la carta N° 1221-DFI/2021. Por tal motivo, en el presente PAS, no concurren todas las circunstancias de la condición eximente de responsabilidad administrativa por subsanación voluntaria, razón por la cual no corresponde su aplicación.

Adicionalmente, en cuanto a la Resolución de Gerencia General N° 157-2020-CD/OSIPTEL, invocada por TELEFÓNICA, esta Oficina advierte que, dicha Resolución no resulta pertinente en el presente caso; en tanto, se encuentra asociada a una conducta infractora y particularidades distintas, inclusive en dicho PAS la subsanación de la conducta infractora no se encuentra asociada a un requerimiento formulado por la DFI, escenario que no se replica en el presente caso.

Bajo tales consideraciones, no corresponde la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria invocado por TELEFÓNICA; y, en consecuencia, carece de asidero lo expuesto por la empresa operadora en el presente extremo.

#### **5.4. Sobre el cumplimiento de las dimensiones del test de razonabilidad**

TELEFÓNICA refiere que el inicio del presente procedimiento sancionador no cumpliría con las tres dimensiones del test de razonabilidad y es contrario al enfoque preventivo del enforcement regulatorio adoptado por el OSIPTEL.

Al respecto, en primer término, se debe señalar que la Primera Instancia ha procedido a evaluar los requisitos que contempla el TUO de la LPAG para la determinación y graduación de la sanción como se advierte de la sección “III. DETERMINACIÓN Y GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN” de la resolución impugnada, análisis que comparte esta Oficina.

Ahora bien, si bien el enfoque responsivo reconoce que existe una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas en caso de la ocurrencia de infracciones, le permite al regulador establecer la mejor estrategia dependiendo de las circunstancias concretas y de los actores del caso en particular.

Precisamente, el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, señala que 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 debe tutelar, a fin que respondan a los estrictamente necesarios para la satisfacción de su cometido.



Asimismo, a efectos de determinar si se afectó el Principio de Razonabilidad -asociado al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto-, corresponde analizar si la sanción administrativa fue impuesta considerando los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Así, con relación a los sub principios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad y necesidad y proporcionalidad), corresponde indicar lo siguiente:

▪ **Juicio de idoneidad o de adecuación**

En el presente caso, tal como ha sido indicado por la Primera Instancia, se considera que el incumplimiento del artículo 7 del RGIS, es decir 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 5 de la Decisión N° 854 respecto a la tarifa mayorista establecida para el caso del *“Servicio de Roaming Internacional entre los países miembros de la Comunidad Andina”*.

En ese sentido, como se expuso en el numeral 5.2 del presente informe, TELEFÓNICA aún mantiene pendiente la entrega de parte de la información solicitada impidiendo la verificación de lo cobrado a todas las empresas operadoras de Bolivia, Colombia y Ecuador que hayan cursado tráfico a través de la red de TELEFÓNICA, para el período comprendido entre el 1 de enero al 30 de abril de 2021.

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 vinculadas a la Decisión N° 854 pues, de lo contrario, sería irrelevante que se hayan establecido plazos para la entrega de la misma.

En consideración a ello, con la imposición de la sanción se busca que TELEFÓNICA tenga comportamientos eficaces que cautelen el cumplimiento de las reglas establecidas en el marco normativo, en este caso, la entrega de información requerida por el Organismo Regulador para el cumplimiento de sus funciones.

▪ **Juicio de necesidad**

Debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados considerando, además, que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con similar eficacia con los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que no es la primera vez que TELEFÓNICA incumple su obligación de entregar información requerida por parte del organismo regulador, y que ello, además, repercute en el cumplimiento de sus funciones de supervisión, en este caso, respecto a la verificación de la tarifa mayorista establecida para el caso del *“Servicio de Roaming Internacional entre los países miembros de la Comunidad Andina”*.



En tal sentido, no se advierte que TELEFÓNICA haya adecuado su conducta a efectos de cumplir con entregar la información requerida por el OSIPTEL siendo que, como se ha expuesto, no se ha configurado el cese de su conducta.

▪ **Juicio de proporcionalidad:**

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, se busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, por lo cual se considera que este parámetro está vinculado con el juicio de necesidad.

En ese orden de ideas, si la finalidad de toda medida sancionadora administrativa es desalentar la comisión del ilícito, entonces el tipo de medida elegida cualitativa y cuantitativamente debe mantener un equilibrio con las circunstancias de la comisión de la infracción.

Al respecto, se advierte que la Primera Instancia, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Principio de Razonabilidad, sí evaluó la posibilidad de imponer alguna medida menos aflictiva que una sanción y concluyó que, dadas las particularidades del presente caso, ninguna resultaba igualmente efectiva que la multa finalmente impuesta.

En efecto, primero debe señalarse que la imposición de Medidas Correctivas corresponde ser evaluada en cada caso en particular, en función a sus particularidades, sin que ello involucre una afectación al Principio de Razonabilidad, es decir, la elección de dicha medida no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma.

Precisamente, en este caso en particular, tal como ha señalado la Primera Instancia, se ha verificado que no resulta factible aplicar una medida de ese tipo dado que:

- (i) No es la primera vez que TELEFÓNICA incurre en este tipo de conductas que vulneran la obligación dispuesta en el artículo 7 del RGIS, como se puede advertir de las sanciones confirmadas por el Consejo Directivo en los Expedientes N° 71-2019-GG-GSF/PAS, N° 14-2019-GG-GSF/PAS, N° 81-2019-GG-GSF/PAS, N° 111-2019-GG-GSF/PAS, N° 126-2019-GG-GSF/PAS y N° 55-2020-GG-GSF/PAS.
- (ii) Se verificó que debido a la omisión de entrega de información no ha sido posible contar con la información necesaria para verificar las condiciones de negociación en el mercado mayorista entre los proveedores del servicio de roaming internacional de los países miembros de la CAN, respecto al período comprendido entre el 1 de enero al 30 de abril de 2021.

En ese sentido, corresponde que ante dicha conducta, el OSIPTEL utilice un mecanismo disuasivo –y no persuasivo y/o correctivo- que sirva de ejemplificador, a fin que a futuro, TELEFÓNICA sea más cautelosa en el cumplimiento de sus obligaciones contempladas en el marco normativo vigente y asumidas en virtud de su contrato de concesión.

Teniendo en cuenta ello, esta Oficina considera que, el inicio del presente PAS efectivamente ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad, en tanto dicha medida es idónea, necesaria y proporcional; por lo que, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA.



**5.5. Sobre el encauzamiento de la carta N° TDP-2472-AR-ADR-22**

TELEFÓNICA sostiene que correspondería revocar el encauzamiento de su Recurso de Reconsideración, en tanto considera que en otros procedimientos se ha analizado pruebas sobre cuestiones de "puro derecho" como nueva prueba.

Agrega que, las Resoluciones presentadas como medios probatorios presentados tenían como finalidad evidenciar el supuesto alejamiento inmotivado de los antecedentes emitidos por la propia entidad, en virtud de los Principios de Predictibilidad y Confianza Legítima.

Finalmente, señala que, en el supuesto que los medios probatorios estuvieran referidos a cuestiones de mero Derecho, la Primera Instancia debió pronunciarse sobre la solicitud de nulidad planteada.

Sobre el particular, los artículos 120 y 217 del TUO de la LPAG establecen que, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos, es decir, el Recurso de Reconsideración y el de Apelación.

Ahora bien, conforme establece el artículo 219 del TUO de la LPAG, el Recurso de Reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y debe sustentarse en nueva prueba, salvo actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia. Además, es importante indicar que este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del Recurso de Apelación. Mientras que, el Recurso de Apelación, conforme establece el artículo 220, se sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestionamientos de puro derecho, y quien resuelve es el superior jerárquico.

Además, es importante señalar que, el Recurso de Reconsideración tiene como finalidad que la misma autoridad que resolvió el procedimiento evalúe la nueva prueba aportada por el administrado y, sobre la base de dicho análisis, pueda modificar su pronunciamiento, de ser el caso. Sin embargo, la exigencia de nueva prueba para interponer un Recurso de Reconsideración debe ser entendida como la presentación de un nuevo medio probatorio que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos controvertidos, toda vez que solo así se justificaría que la misma autoridad administrativa tenga que revisar su propio análisis.

Precisamente, en esa línea, la doctrina<sup>9</sup> señala que: *"... no cabe la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión con solo pedírsele, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso en concreto y ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello, perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan solo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite reconsideración"*.

Por su parte, respecto a la naturaleza de la nueva prueba que debe ser presentada como requisito en el Recurso de Reconsideración, el Poder Judicial<sup>10</sup> ha señalado lo siguiente: *"la*

<sup>9</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

<sup>10</sup> RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 000438-2021-GG-PJ

Ver información en el link:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9/RESOLUCION+ADMINISTRATIVA+438-2021-GG-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9>



*nueva prueba debe servir para demostrar algún nuevo hecho o circunstancia, idea que es perfectamente aplicable a la finalidad del recurso de reconsideración, la cual es controlar las decisiones de la administración en términos de verdad material y ante la posibilidad de la generación de nuevos hechos”.*

En efecto, conforme a lo indicado, el Recurso de Reconsideración está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente. Por lo tanto, no resultan pertinentes como nueva prueba, documentos que pretendan cuestionar argumentos sobre los hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la autoridad, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento<sup>11</sup>.

De lo expuesto, se concluye que la nueva prueba que es requisito para la interposición de un Recurso de Reconsideración, en ningún caso, incluye resoluciones, sentencias, pronunciamientos, entre otros, que solo aporten argumentos jurídicos analizados anteriormente o argumentos de derecho que no estén referidos al caso en particular y, tal como se ha señalado, un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un Recurso de Apelación.

Bajo esas consideraciones, en este caso en particular, se advierte que en el escrito de fecha 14 de junio de 2022 presentado por TELEFÓNICA como Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 161-2022-GG/OSIPTEL, la empresa argumenta lo siguiente:

- (i) El PAS ha sido iniciado por un órgano que no cuenta con competencia expresa para evaluar el cumplimiento de la Decisión N° 854.
- (ii) No se ha valorado que la información requerida fue íntegramente presentada por TELEFÓNICA, coadyuvando al logro de los objetivos regulatorios del OSIPTEL; motivo por el cual la Primera Instancia debió aplicar la causal eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.
- (iii) El PAS no cumple con las tres (3) dimensiones del Test de Razonabilidad porque no se ha evaluado adecuadamente la imposición de medidas menos gravosas, como una medida correctiva.

Sobre ello, en línea con lo señalado por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 188-2022-GG/OSIPTEL, esta Oficina considera que las nuevas pruebas presentadas, no aportan nuevos argumentos que ameriten que dicha Instancia revise su pronunciamiento, sino que se limitan a cuestionar argumentos de derecho que no desvirtúa lo resuelto.

En efecto, TELEFÓNICA presenta como prueba la Resolución N° 140-2019-CD/OSIPTEL, el cual contiene el razonamiento jurídico del Consejo Directivo del OSIPTEL respecto a la

<sup>11</sup> Autoridad Nacional del Agua – ANA,6 al citar un pronunciamiento del Tribunal Nacional de Resoluciones de Controversias Hídricas, señala que “*No resulta idónea como Nueva Prueba la presentación de una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, así como tampoco la presentación de documentos originales que ya obraban copia simple en el expediente, entre otros; por tanto, el recurso de reconsideración no es una vía para efectuar un reexamen de los argumentos y pruebas presentadas por el administrado, sino que está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente*”.

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 0472-2021-ANA-AAA.H

Ver información en el link:

<https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/RD%20472-2021.pdf>

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA 6 señala que “no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan presentar nuevos argumentos sobre los hechos materia de controversia evaluados anteriormente, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con la aplicación del derecho”.

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1226-2018-OEFA/DFAI

Ver información en el link:

[https://www.oefa.gob.pe/?wpfb\\_dl=31028#:~:text=El%20recurso%20de%20reconsideraci%C3%B3n%20se,no%20se%20equiere%20nueva%20prueba.](https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=31028#:~:text=El%20recurso%20de%20reconsideraci%C3%B3n%20se,no%20se%20equiere%20nueva%20prueba.)



falta de competencia del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), en un caso de naturaleza distinta a los hechos investigados en el presente PAS, como ya se mencionó anteriormente. Sobre ello, corresponde precisar que la referida Resolución no aporta nuevos argumentos que ameriten la revisión del pronunciamiento por parte de la Primera Instancia.

Por otro lado, TELEFÓNICA ha presentado como prueba la Resolución N° 157-2020-GG/OSIPTEL con la finalidad que se aplique el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la conducta investigada y se proceda con el archivo del presente procedimiento; no obstante ello, como se ha analizado en el numeral 5.2 del presente informe, no se ha configurado el cese de la conducta infractora de TELEFÓNICA, por lo que no corresponde la aplicación del mencionado eximente y, por tanto, se descarta la resolución invocada.

Finalmente, TELEFÓNICA ha presentado como prueba la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL – que modificó el RGIS - con la finalidad de resaltar que la administración puede optar por imponer una medida menos gravosa que la sanción administrativa, como lo es la imposición de una medida correctiva así como que no se habría motivado debidamente la forma en la que se realizó el cálculo de la multa impuesta.

Al respecto, se advierte que, los referidos medios probatorios contienen alegaciones meramente jurídicas que no desvirtúan los hechos que sustentaron lo resuelto; debiendo resaltarse, además, que la Resolución N° 161-2022-GG/OSIPTEL ha motivado adecuadamente por qué resultaba proporcional y adecuado imponer una sanción en el presente caso.

En consecuencia, los aludidos instrumentos no constituyen nuevas pruebas, motivo por el cual, esta Oficina coincide con lo señalado por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 188-2022-GG/OSIPTEL, respecto a que correspondía encauzar el escrito de fecha 14 de junio de 2022 para ser tramitado como un Recurso de Apelación.

Finalmente, resulta importante señalar que, si bien existen procedimientos anteriores en los que, como parte de los argumentos del Recurso de Reconsideración, la Primera Instancia procedió a analizar las referidas pruebas aportadas por la empresa operadora, tal práctica desnaturaliza el Recurso de Reconsideración, por lo que es necesario aclarar cuál es la naturaleza del mismo en los procedimientos del OSIPTEL; lo cual, tal como ha sido señalado anteriormente, no vulnera el derecho de contradicción del administrado, en tanto, dichos argumentos serán evaluados como Recurso de Apelación.

## **VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES**

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

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción grave calificada en el literal a) del artículo 7 del RGIS, corresponderá la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.



**VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN**

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda:

- (i) Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 161-2022-GG/OSIPTEL.
- (ii) Desestimar la solicitud de nulidad formulada por TELEFÓNICA.
- (iii) Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 188-2022-GG/OSIPTEL.

Atentamente,

