



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00161-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 23 de mayo de 2022

EXPEDIENTE	:	00108-2021-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO: El Informe Nº 014-DFI/ 2022 de fecha 8 de febrero de 2022 (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 la presunta comisión de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS)¹ -antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS)² -.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

- Mediante el Informe Nº 291-DFI/SDF/2021 de fecha 1 de octubre de 2021 (**Informe de Supervisión**), la DFI emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5 y la Primera Disposición Transitoria de la Decisión Nº 854 “Servicio de Roaming Internacional entre los países miembros de la Comunicada Andina” (DECISIÓN 854) por parte de TELEFÓNICA, concluyendo lo siguiente:

“(…) V. CONCLUSIONES

68. *TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incurrido en la infracción tipificada en el literal a. del artículo 7º del RFIS, debido a que habría incumplido con remitir la información completa, solicitada de forma obligatoria mediante la carta Nº 00998-DFI/2021, toda vez que habría incumplido en remitir la información solicitada en el literal a. del punto (ii) de la referida carta, conforme lo detallado en el numeral 3.3., por lo que corresponde el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador. (...)*”

- A través de la carta Nº 2379-DFI/2021 de fecha 5 de noviembre de 2021, la DFI comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del RGIS, puesto que habría incumplido con remitir dentro del plazo perentorio, la información completa requerida a través de la carta Nº 998-DFI/2021, y reiterada mediante carta Nº 1221-DFI/2021, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- Mediante carta Nº TDP-3964-AR-ADR-21, presentada el 19 de noviembre de 2011, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de plazo de treinta (30) días hábiles

¹ De acuerdo a lo señalado en el Artículo Segundo de la Resolución Nº 259-2021-CD/OSIPTEL.

² Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 087-2013-CD-OSIPTEL y sus modificatorias.





para remitir sus descargos, siendo atendida a través de la carta N° 2543-DFI/2021 de fecha 25 de noviembre de 2021, concediéndole un plazo adicional de diez (10) días hábiles.

4. Con escrito N° TDP-4216-AR-ADR-21, recibido el 13 diciembre de 2021, TELEFÓNICA presentó sus descargos (**Descargo 1**). Asimismo, a través del mismo escrito, solicitó que se le conceda una audiencia de informe oral; la cual fue denegada mediante la carta N° 2746-DFI/2021, de fecha 28 de diciembre de 2021.
5. Con fecha 8 de febrero de 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 014-DFI/2022 (**Informe Final de Instrucción**), con el análisis del Descargo 1 presentado por TELEFÓNICA.
6. A través de la carta N° 119-GG/2022, de fecha 11 de febrero de 2022, se puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción, otorgándole cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
7. Mediante carta N° TDP-00865-AR-ADR-22, recibida el 18 de febrero de 2022, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de plazo de diez (10) días hábiles para remitir sus descargos. A través de la carta N° 0138-DFI/2022, de fecha 21 de febrero de 2021, se denegó el plazo adicional solicitado.
8. Con escrito N° TDP-1157-AR-ADR-22, recibido el 9 de marzo de 2022, TELEFÓNICA presentó sus descargos. (**Descargo 2**)
9. Con Memorando N° 114-GG/2022, de fecha 17 de marzo de 2022, la Gerencia General solicitó a la DFI realizar el análisis de medios probatorios presentados por TELEFÓNICA en su **Descargo 2**; el cual fue atendido mediante el Memorando N° 356-DFI/2022, de fecha 22 de marzo de 2022.

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, 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 General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

De conformidad con lo expuesto en el Informe de Supervisión, el presente PAS se inició contra TELEFÓNICA por presuntamente haber incurrido en una (1) infracción tipificada como grave en el literal a) del artículo 7 del RGIS, conforme al siguiente detalle:





TABLA 1
Resumen del Incumplimiento imputado

Table with 4 columns: Norma Incumplida, Norma que tipifica la infracción, Calificación de la Infracción, Conducta Imputada. Row 1: Reglamento General de Infracciones y Sanciones, Literal a) del artículo 7, Grave, Entregar información incompleta solicitada a través de la carta N° 998-DFI/2021...

De acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (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...

Asimismo, conforme a lo establecido por el numeral 252.3 del artículo 252 del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento administrativo sancionador 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 verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito, así como tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente procedimiento.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por la referida empresa a través de sus Descargos 1 y 2 (en adelante, Descargos), respecto a la imputación de cargos formulada por la DFI.

1.2 ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS. -

Respecto de la competencia de la DFI.-

TELEFÓNICA sostiene que la competencia es uno de los requisitos para que un acto administrativo emitido sea válido. Por ello, según la empresa operadora, para requerir información e iniciar un procedimiento sancionador como consecuencia de la fiscalización

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





del cumplimiento de la DECISIÓN 854, resulta imprescindible que se cuenten competencias expresas para ello.

En esa línea, TELEFÓNICA alega que el OSIPTEL no cuenta con competencia para fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la DECISIÓN 854, puesto que esta norma señala que los requerimientos de información en torno a la implementación de las obligaciones corresponden a la propia Comisión de la Comunidad Andina.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta lo señalado en el artículo 4 de la Decisión 472 que aprueba la codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual establece lo siguiente:

(...)

Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

(...)"

Así, en el caso peruano, corresponde a los diversos organismos velar el cumplimiento de las decisiones adoptadas por la CAN dentro de su ámbito de competencia. En ese sentido, cabe señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, este regulador es el encargado de hacer cumplir las normas referentes a los servicios públicos de telecomunicaciones, conforme a lo siguiente:

"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."

Ello se complementa con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, respecto de las funciones del OSIPTEL:

"Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

a) **Función supervisora:** comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;

(...)





d) *Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión; (...)*

A mayor abundamiento, los artículos 36 y 40 del Reglamento General del OSIPTEL, precisan respecto a sus funciones lo siguiente:

“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.

(...)

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.

(...)

Bajo las consideraciones expuestas, conforme al vigente marco normativo, se advierte que el OSIPTEL se encuentra facultado para efectuar las funciones de supervisión, fiscalización y sanción a aquellos agentes regulados de los servicios de telecomunicaciones. De este modo, los proveedores del servicio de Roaming Internacional se encuentran sujetos a las disposiciones de este organismo respecto de todas las funciones que le son atribuidas.

Por otro lado, las acciones desplegadas por la DFI se encuentran acorde a lo señalado en el artículo 46 de Reglamento de Organizaciones y Funciones del OSIPTEL:

“Artículo 46.- Funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción

Son funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción las siguientes:

a) *Dirigir, desarrollar e implementar las acciones de monitoreo y prevención, destinadas a promover el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras o de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL.*

(...)

De este modo, se puede apreciar que el Órgano Fiscalizador actuó respetando los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador, en específico, el Principio de Legalidad. Así, la solicitud de información respecto de información relacionada con los contratos suscritos a nivel mayorista, CDR, tráfico, facturas, entre otros, no constituye un exceso en el ejercicio de las atribuciones que posee este organismo.

Ahora bien, TELEFÓNICA alega que corresponde a la propia Comisión de la Comunidad Andina la supervisión de las condiciones de negociación en el mercado mayorista entre los proveedores del servicio de roaming internacional de los países miembros de la CAN.





No obstante, cabe precisar que la disposición desarrollada en el artículo 22° de la DECISIÓN 854, no establece una competencia exclusiva. Por lo tanto, no excluye al OSIPTEL de efectuar una supervisión, máxime si las obligaciones establecidas por el organismo internacional versan sobre el sector de telecomunicaciones.

Bajo este contexto, no se evidencia el vicio del requisito de competencia establecido en el numeral 1 del artículo 3 del TUO de la LPAG, toda vez que -como se ha detallado en líneas precedentes- las acciones efectuadas por la DFI corresponden estrictamente a las establecidas por la Ley de Funciones y Facultades, la Ley Marco de Organismos Reguladores y el Reglamento General del OSIPTEL.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por TELEFÓNICA en este extremo.

Respecto a la remisión de la información solicitada. -

TELEFÓNICA argumenta que sí presentó la información solicitada mediante la carta N° 0998-DFI/2021, la cual requería, entre otros, i) los CDR facturados y ii) los reportes de tráfico relativos de los servicios de roaming de los países de la CAN.

A criterio de la empresa operadora, por medio de la carta N° TDP-1656-AR-GGR-21 y N° TDP-1954-AR-GGR-21, cumplió con presentar la información solicitada. Asimismo, esta refiere que informó que para el envío de la información relativa a los CDR facturados, de las líneas móviles que cursaron tráfico en la red la empresa, necesitaban de un tiempo adicional para su procesamiento y extracción.

TELEFÓNICA señala que, a través de la carta N° TDP-2743-AF-ASR-21 (**ANEXO 1**), completó la información relativa a los reportes de tráfico utilizados para la liquidación del servicio de roaming, del periodo comprendido entre el 1 de enero y el 30 de abril de 2021. De esta manera, para la empresa operadora, quedaría acreditado que sí cumplió con presentar la información respecto de los puntos A y B del numeral II) de las cartas N° 0998-DFI/2021 y N° 1221-DFI/2021.

Así, TELEFÓNICA sostiene que, en el presente caso, se debe de evaluar correctamente la realidad de los hechos y aplicarse el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, de conformidad con lo regulado en el artículo 257 del TUO de la LPAG.

Complementariamente, la empresa operadora, alega que no se ha generado ningún efecto contrario en las labores de supervisión ni en los usuarios de los servicios públicos que ameriten una medida gravosa, puesto que, ha demostrado su plena disposición para dar cumplimiento a las exigencias regulatorias al asumir los costos económicos, humanos e informáticos que involucran los múltiples requerimientos de información formulados.

Sobre el particular, es necesario precisar que -contrario a lo señalado por la empresa operadora- la carta N° TDP-1656-AR-GGR-21 no contiene la totalidad de la información requerida. En efecto, luego de evaluar la información remitida, la DFI comunicó los errores y omisiones encontrados, a través de la carta N° 1220-DFI/2021, otorgándole un plazo adicional para la subsanación de estos.

Posteriormente, la empresa operadora remitió la carta N° TDP-1954-AR-GGR-21, que señala lo siguiente:

“(…) la información de CDR facturados de las líneas móviles de las empresas operadoras de Bolivia, Colombia y Ecuador que cursaron tráfico a través de nuestra red, no es





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

disponible a la fecha por lo que hemos realizado el correspondiente pedido de extracción a nuestra área de Sistemas. En tanto nos sea entregada podremos atender su requerimiento.

De ello se advierte que luego de remitir las cartas N° TDP-1656-AR-GGR-21 y N° TDP-1954-AR-GGR-21, TELEFÓNICA aún tenía pendiente presentar información referente a los CDR facturados. Al respecto, cabe precisar que dicha situación era conocida y aceptada por la empresa operadora, puesto que, lo señaló en el contenido de las cartas enviadas.

Ahora bien, en cuanto a la carta N° TDP-2743-AF-ASR-21 (**ANEXO 1**), que contiene los descargos al Informe Final de Instrucción, la cual fue evaluada por la DFI, y remitida a la Gerencia General a través del Memorando N° 356-DFI/2022, se determinó lo siguiente:

“Requerimiento incumplido

Literal a) del numeral (ii) de la carta C. 00998-DFI/2021, y reiterado mediante carta C. 01221-DFI/2021:

- *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 periodo comprendido desde el 19 de julio de 2020 al 30 de abril de 2021.*

Literal b) del numeral (ii) de la carta C. 00998-DFI/2021, y reiterado mediante carta C. 01221-DFI/2021:

- *Reportes de tráfico enviados utilizados para la liquidación del servicio de roaming para el periodo entre 1 de enero al 30 de abril de 2021.*

(...)

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.

(...)

En ese sentido, de acuerdo a lo desarrollado por la DFI, TELEFÓNICA habría presentado información distinta a la requerida. Por ende, la empresa operadora, hasta la emisión de la presente Resolución, no ha cumplido con remitir la información solicitada a través de la carta N° 0998-DFI/2021.

Por otro lado, cabe precisar que el incumplimiento de entrega de información requerida por este organismo constituye no solo la posibilidad de afectar la función supervisora del OSIPTEL, sino también representa una desobediencia de la empresa operadora ante un requerimiento expreso del ente regulador.

Además, es preciso recordar que TELEFÓNICA es una empresa especializada en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, quien desarrolla una actividad que le ha sido encargada mediante una concesión otorgada por el Estado peruano. Por ello, se encuentra obligada a contar con las herramientas adecuadas y con personal capacitado para dar cumplimiento a la normativa sectorial. De esta manera, la asignación



BICENTENARIO
PERÚ 2021



de costos económicos, humanos e informáticos que involucran los requerimientos de información responde a una conducta esperable y exigible a la empresa operadora.

En cuanto a la aplicación de la eximente de subsanación voluntaria que alega la empresa operadora, cabe señalar que esta será evaluada en el acápite 2.2 de la presente Resolución.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos desarrollados por TELEFÓNICA en este extremo, al no haber remitido prueba suficiente que desvirtúe la infracción imputada.

Respecto al Principio de Ejercicio Legítimo del Poder.-

TELEFÓNICA manifiesta que no se puede aplicar de forma desmedida el artículo 7 del RGIS para calificar todas las cartas como obligatorias y perentorias con el fin de imputar su incumplimiento.

Asimismo, esta señala que la información solicitada no se encuentra en una norma, por lo cual para atender a la solicitud de requerimiento de información se deben realizar labores de extracción, procesamiento, ordenamiento y presentación, destinando recursos humanos y técnicos. En esa línea, para la empresa operadora, el OSIPTEL otorga plazos de manera particular desconociendo todos estos hechos.

Agrega que, si bien la entidad contaría con la competencia para solicitar información, resulta en un uso excesivo del poder que esta formule requerimientos sin tener en cuenta las distintas solicitudes de información que debe atender la empresa, no solo al OSIPTEL sino a otras entidades del sector público, y que cada uno de estos suponga una eventual infracción administrativa.

Complementariamente, TELEFÓNICA argumenta que los órganos de la Administración Pública no pueden tener como principal objetivo imponer sanciones, sobre todo si se tiene que el artículo 239 del TUO de la LPAG establece el rol preventivo de la actividad de fiscalización y la búsqueda de la adopción de medidas colaborativas y preventivas a efectos de lograr el fin público; otorgando la potestad punitiva como ejercicio de última ratio.

Además, la empresa operadora, trae a colación lo dispuesto por el Tribunal Supremo de Justicia en la Casación N° 4165-2017-LIMA respecto a las finalidades de la actividad de fiscalización: la preventiva y la correctora. Así, para TELEFÓNICA la calificación de todas sus cartas como obligatorias y perentorias, con el único afán de tipificarlas como eventuales infracciones administrativas, resultan ser abusivas del Derecho y de Uso Illegítimo del Poder.

Aunado a ello, TELEFÓNICA sostiene que deber tenerse en cuenta que el objetivo del organismo -evaluar la obligación contenida en el artículo 5° de la DECISIÓN 854- pudo ser logrado tal como se precisa en el Informe de Supervisión.

En atención a lo anterior, la empresa operadora indica que, para realizar la evaluación sobre los casos, no basta con hacer un análisis de la norma y citar los hechos del caso, sino que es necesario observar dichos hechos en relación a sus protagonistas y el contexto en el que se materializaron conforme se ha establecido el Consejo Directivo en la Resolución N° 142-2014-CD/OSIPTEL.





Sobre el particular, cabe precisar lo dispuesto por el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 047-2021-CD/OSIPTEL⁴, respecto al Principio de Ejercicio Legítimo del Poder:

“(…) en relación al Principio de Ejercicio Legítimo del Poder, se tiene que este busca evitar escenarios en los que mediante el ejercicio de la actividad administrativa se busque la satisfacción de un interés privado o una finalidad que si bien es de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la ley al otorgarle sus facultades y potestades.

Tomando lo antes mencionado, se tiene que la tramitación del presente PAS, no supone un uso ilegítimo del poder, toda vez que i) el OSIPTEL se encuentra facultado por la Ley N° 27336 para supervisar e imponer sanciones (cuando corresponda) y, ii) el inicio de un PAS no implicó la conclusión ineludible en la imposición de una sanción por parte de la administración.”

En efecto, tal como señala TELEFÓNICA, este organismo posee la competencia para requerir información y calificar como infracción el incumplimiento de esta solicitud. De este modo, la calificación de infracción ante una eventual desobediencia de las empresas operadoras respecto del requerimiento realizado por este organismo, no supone una vulneración al Principio de Ejercicio Legítimo del Poder, toda vez que la información remitida por las empresas operadoras constituye un instrumento fundamental para el desarrollo de sus actividades.

Además, durante el trámite del presente procedimiento, se ha garantizado el debido procedimiento y el derecho de defensa de la empresa operadora. Por lo tanto, se advierte que no existe ningún interés privado o público distinto a lo previsto en la Ley que haya direccionado el actuar del OSIPTEL, puesto que el único objetivo de la facultad fiscalizadora es verificar el cumplimiento de las normas regulatorias.

Asimismo, es importante reiterar que TELEFÓNICA desarrolla una actividad que le ha sido encargada mediante una concesión otorgada por el Estado peruano. En consecuencia, se encuentra obligada a contar con las herramientas adecuadas y con personal capacitado para dar cumplimiento a la normativa sectorial; razón por la cual, las labores de extracción, procesamiento, ordenamiento y presentación no deben representar una dificultad para la empresa operadora.

En cuanto al objetivo de la Administración Pública, cabe precisar que, contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA, este organismo no tiene como finalidad única sancionar a las empresas operadoras. Es por ello que, se evalúa la relevancia del bien jurídico protegido en cada caso en particular.

En el presente procedimiento, la relevancia del bien jurídico protegido -remitir información de manera completa y dentro del plazo requerido por el OSIPTEL- supone una actividad imprescindible para que este organismo pueda desempeñar sus funciones de manera correcta, pues si la empresa operadora envía información incompleta, se afecta gravemente la función supervisora del regulador, impidiendo que logre el cumplimiento de sus funciones de fiscalización, generando incertidumbre en relación con la verificación de las condiciones de negociación en el mercado mayorista entre los proveedores del servicio de roaming internacional de los países miembros de la CAN.

Siendo así, al verificarse que TELEFÓNICA habría incurrido en la comisión de una (1) infracción administrativa por cuanto remitió información incompleta requerida por el

⁴ De fecha 24 de marzo de 2021, recaída en el Expediente N° 00005-2020-GG-GFS/PAS. Dirección URL: <https://www.osiptel.gob.pe/n-047-2021-cd-osiptel/>





OSIPTEL, el órgano instructor consideró que no resultaba aplicable la adopción de un enfoque preventivo⁵, dado que la acción constitutiva de la infracción se había materializado. Por lo tanto, la adopción de un enfoque preventivo destinado a prevenir su comisión, está desprovista de sentido.

Así, en línea con lo dispuesto por el Tribunal Supremo de Justicia en la Casación N° 4165-2017-LIMA, respecto de la actividad de fiscalización de la Administración Pública:

“(…) conviene en precisar que efectivamente la actividad de fiscalización desplegada por las diversas instituciones que conforman la Administración Pública apunta a dos finalidades: la preventiva y la correctora; dentro de la primera se actúa para prevenir futuras infracciones normativas; y con relación a la segunda corregir las infracciones ya consumadas. La labor de las diversas instituciones y organismos de la Administración Pública es preponderar el bien común dentro de un orden público constitucional, en resguardo de los derechos de las personas naturales y jurídicas, y en estricta protección de los bienes y recursos del Estado a favor de la Nación. (…)”

En el presente caso, la adopción de las herramientas administrativas relacionadas con el inicio de un PAS se encuentra acorde a los hechos advertidos por el Órgano Instructor -la comisión de una infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del RGIS-.

Por otro lado, TELEFÓNICA alega que en el Informe de Supervisión se señala el objetivo de la supervisión efectuada se logró. No obstante, se debe tener en cuenta que en el referido Informe se evaluaron dos periodos i) entre el 19 de julio al 31 de diciembre de 2020, y ii) entre 1 de enero al 30 de abril de 2021.

Así, a este organismo, al no contar con la información solicitada a la empresa operadora, le resultó imposible verificar el cumplimiento del artículo 5 y la Primera Disposición Transitoria de la Decisión de la DECISIÓN 854, respecto del segundo periodo comprendido entre 1 de enero al 30 de abril de 2021, en relación de lo cobrado a todas las empresas operadoras de Bolivia, Colombia y Ecuador que hayan cursado tráfico a través de la red de TELEFÓNICA, toda vez que la tarifa tope cambió a partir del 1 de enero de 2021.

Adicionalmente, de conformidad con el criterio establecido en la Resolución N° 142-2014-CD/OSIPTEL y lo expuesto en líneas precedentes, esta Instancia no solo realizó un análisis de la norma, sino también evaluó los hechos alegados por la empresa operadora; sin embargo, estos no resultan suficientes para desvirtuar la imputación realizada.

En virtud a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por TELEFÓNICA en este extremo.

Respecto al Principio de Razonabilidad.-

TELEFÓNICA alega 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.

Asimismo, señala que el nuevo enfoque de la norma administrativa en el TUO de la LPAG basado en el paradigma de la regulación responsiva, tiene como cometido transformar el esquema punitivo a una óptica diferente y menos invasiva. En ese sentido, según TELEFÓNICA, la regulación debe orientar sus patrones de actuación en la búsqueda de esquemas de disuasión total y disuasión óptima. Agrega que, para los

⁵ Informe Final de Instrucción N° 00014-DFI/2022, pág. 16.





casos de sanciones administrativas, se recomienda un enfoque de disuasión óptima, buscando que las empresas adecúen su conducta sin necesidad de recurrir a la multa, ya que, ello no solo implica cargas para el administrado, sino, también para la Administración, puesto que incurre en costos de fiscalización.

La empresa operadora refiere que, como se ha reconocido en la última modificación del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobada por Decreto Supremo N° 045-2017-PCM⁶, la DFI tiene un claro objetivo preventivo, y su pretensión en el presente procedimiento debería apuntar al aseguramiento de la adopción de las medidas necesarias a efectos de incentivar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por parte de las empresas operadoras.

Además, la empresa operadora, manifiesta que ha desplegado diversas acciones para dar cumplimiento a lo solicitado, como lo es la presentación de las cartas N° TDP-1656-AR-GGR-21, N° TDP-1954-ARGGR-21 y N° TDP-2743-AF-ASR-21 con las cuales remitió la totalidad de la información en cuestión. Del mismo modo, esta alega que ha asumido todos los costos económicos, humanos y tecnológicos a fin de dar atención al requerimiento formulado por el regulador. Finalmente, TELEFÓNICA sostiene que el Órgano Supervisor ha señalado que no se han generado efectos adversos por la conducta objeto de imputación, toda vez que pudo cumplir con la verificación del cumplimiento de la DECISIÓN 854.

El Principio de Razonabilidad 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 30 y el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, también contienen los criterios a considerar para la imposición y graduación de esta, 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 razonabilidad, 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 solo 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.

⁶ Al respecto, cabe precisar que la norma a la cual hace referencia TELEFÓNICA ha sido derogada por el Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, de fecha 2 de octubre de 2020, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL.





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.

En el presente caso, este Organismo Regulador consideró que correspondía iniciar un PAS por el incumplimiento del artículo 7 del RGIS, debido a que, contrario a lo afirmado por TELEFÓNICA, no se envió la totalidad de la información requerida en los plazos previstos, lo cual afectó la función supervisora del OSIPTEL, tomando en cuenta que los requerimientos de información se sustentaban en la necesidad de verificar lo dispuesto por el artículo 5 y la Primera Disposición Transitoria de la DECISIÓN 854.

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 de las condiciones de negociación en el mercado mayorista entre los proveedores del servicio de roaming internacional de los países miembros de la CAN.

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, la regulación responsiva 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.

Considerando ello, 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, así como los hechos observados durante la etapa de supervisión, a partir de lo cual resultaba adecuado el inicio de un PAS.

En este punto, es importante reiterar que en el Informe de Supervisión se evaluaron dos periodos i) entre el 19 de julio al 31 de diciembre de 2020, y ii) entre 1 de enero al 30 de abril de 2021. Así, ante el envío de información incompleta, este organismo no pudo verificar el cumplimiento de las obligaciones de la DECISIÓN 854, respecto del segundo periodo, en relación de lo cobrado a todas las empresas operadoras de Bolivia, Colombia y Ecuador que hayan cursado tráfico a través de la red de TELEFÓNICA, toda vez que la tarifa tope cambió a partir del 1 de enero de 2021.

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 N° 0998-DFI/2021 impidió justamente verificar lo establecido por el artículo 5° y la Primera Disposición Transitoria de la DECISIÓN 854 en el periodo comprendido entre 1 de enero al 30 de abril de 2021, 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.

Respecto del **juicio de necesidad**, debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea 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.

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

Al respecto, cabe señalar que el Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTTEL -hoy Reglamento General de Fiscalización⁷-, tanto al momento de realizada la supervisión que dio origen al presente PAS como al momento del inicio del mismo, establecía la figura de la Comunicación Preventiva⁸ como aquella que comunica el resultado del monitoreo respecto de una obligación, con la finalidad que la empresa operadora adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados.

Entonces, si bien el enfoque de prevención en la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTTEL se encontraba materializado en la realización de monitoreos a través de los cuales se buscaba tomar conocimiento del comportamiento de las empresas operadoras y, de ser el caso, prevenir la comisión de futuras infracciones; tal situación no se verificó en el presente caso, resultando inaplicable la Comunicación Preventiva, pues los hechos que dieron inicio al presente PAS fueron analizados en el marco de una supervisión y no de un monitoreo.

De igual forma, tampoco resultaba de aplicación, al momento de iniciar el presente PAS, una Medida de Advertencia, toda vez que el presente caso no se subsume en ninguno de los supuestos del artículo 30⁹ de la referida norma vigente durante la fecha de la comisión de la infracción; menos aún, si no es la primera vez que se imputa a TELEFÓNICA la comisión de la infracción prevista en el artículo 7 del RGIS.

⁷ Aprobada por Resolución N° 00259-2022-CD/OSIPTTEL, norma que modifica el Reglamento General de Supervisión.

⁸ **“Artículo 7.- Comunicación Preventiva**

La Gerencia de Fiscalización y Supervisión podrá comunicar a la entidad supervisada el resultado del monitoreo respecto de una determinada obligación, con la finalidad que ésta adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados.”

⁹ **“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 OSIPTTEL 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 que 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 Cuarta 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 OSIPTTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio.

(...).”





Respecto a la aplicación de una Medida Correctiva, debe de señalarse que dicha facultad se utiliza según la trascendencia del bien jurídico protegido en el caso concreto, es decir, la elección de esta medida no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

En efecto, se ha verificado que el incumplimiento del artículo 7 del RGIS, ocasionó un desmedro en la labor de supervisión del OSIPTEL, dado que, el órgano competente no contó con la información necesaria para verificar el cumplimiento de lo establecido por el artículo 5 y la Primera Disposición Transitoria de la DECISIÓN 854 respecto del periodo comprendido entre 1 de enero al 30 de abril de 2021.

En este punto, es importante considerar que la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL que modificó el RGIS sugiere que la medida correctiva se puede aplicar 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.

En ese sentido, cabe precisar que, aunque la infracción en la que incurre TELEFÓNICA posee la probabilidad de detección *muy alta*, el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción no es reducido. El beneficio ilícito, para el presente caso, se encuentra representado por los costos en los que debió incurrir la empresa operadora con la finalidad de remitir la totalidad de la información solicitada, dentro del plazo establecido, a través de la carta N° 0998-DFI/2021, y reiterada mediante carta N° 1221-DFI/2021, así como por los gastos en los que no incurrió al no implementar las mejoras necesarias en sus sistemas y/o procesos internos de manera oportuna.

En virtud de lo señalado y a la importancia del bien jurídico protegido, 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, se advierte con lo expuesto que dichos esfuerzos no fueron suficientes para cumplir con remitir la totalidad de la información en el plazo establecido por el Regulador.

En ese orden de ideas, esta Instancia considera que el inicio de este PAS se ha realizado observando los Principios de Razonabilidad, toda vez que se analizó que la medida a adoptarse sea necesaria, idónea y proporcional; buscando que la empresa operadora asuma los costos de su comportamiento y adopte mejores prácticas para dar cumplimiento a la normativa de telecomunicaciones vigente.

Finalmente, respecto del **juicio de proporcionalidad**, siendo que con este subprincipio 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 de que la empresa operadora no vuelva a incurrir en la infracción tipificada en el RGIS.





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, el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan que el inicio de este se ajusta a una medida idónea, necesaria y proporcional. En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos presentados por TELEFÓNICA en este extremo.

2.2 RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. –

Una vez determinada la comisión de la infracción tipificada en el presente PAS, respecto al literal a) del artículo 7 del RGIS, corresponde que esta Instancia evalúe si, en el presente caso, se ha configurado alguna de 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: De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento imputado se produjo como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento, se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento detectado se debió a la necesidad de obrar en 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 de este eximente, no corresponde aplicar el mismo en este caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se debió al 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 imputado, se debió al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal.
- 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 a que se refiere el inciso 3) del artículo 255 del TUO de la LPAG: La subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad.





Sobre el particular, con la finalidad de determinar si en el presente caso se ha configurado la condición de responsabilidad establecida en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG, corresponderá analizar si han **concurrido** 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.

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 corresponde al administrado que los plantea.

En esa línea, Nieto¹⁰ -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 ese sentido, corresponde analizar la infracción cometida por TELEFÓNICA a efectos de determinar si ha sido subsanada de forma voluntaria, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos del presente PAS, así como si la conducta infractora se adecuó a la norma (cesó), y a su vez si los efectos derivados de la referida conducta fueron revertidos.

Respecto al cese de la conducta infractora, es pertinente tener en cuenta el pronunciamiento del Consejo Directivo efectuado a través de la Resolución N° 037-2018-CD/OSIPTEL¹¹ la cual expresa respecto a la subsanación:

“(…)

Con relación a la subsanación, es preciso tener en cuenta, conforme a la Real Academia Española, el término “subsanar” significa reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño. En ese sentido, siendo que la subsanación está relacionada con un estado de reparación, enmienda o arreglo, la misma no debe entenderse exclusivamente como el cese o adecuación de la conducta del infractor, sino que debe ir acompañada con la corrección de todo efecto derivado de dicha conducta.”

Por ende, 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.

¹⁰ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.

¹¹De fecha 8 de febrero de 2018, recaída en el Expediente N° 00023-2017-GG-GFS/PAS. Dirección URL: <https://www.osiptel.gob.pe/media/cqxfavn/res037-2018-cd.pdf>.



Del mismo modo, también puede darse el caso de incumplimientos que hasta la fecha de su cese no hayan generado un efecto concreto, en cuyo caso no resulta exigible la reversión de efectos; aplicándose el eximente de responsabilidad previsto en el TUO de la LPAG, en tanto concurren los demás requisitos previstos para ello.

Así, del requerimiento efectuado a través de la carta N° 0998-DFI/2021, y reiterada mediante carta N° 1221-DFI/2021, corresponde señalar que TELEFÓNICA no ha cesado su conducta, puesto que, hasta la emisión de la presente Resolución la empresa operadora aún tiene pendiente de remitir:

Literal a) del numeral (ii) de la carta N° 0998-DFI/2021:

- Información de los CDR facturados de aquellas líneas móviles de los concesionarios móviles de Bolivia, Colombia y Ecuador que se haya cursado tráfico a través de la red de dicho concesionario móvil, correspondiente al periodo comprendido desde el 19 de julio de 2020 al 30 de abril de 2021.

Literal b) del numeral (ii) de la carta N° 0998-DFI/2021:

- Reportes de tráfico enviados utilizados para la liquidación del servicio de roaming para el periodo entre el 1 de enero al 30 de abril de 2021.

Por lo tanto, es claro para esta Instancia que el cese de la conducta infractora imputada en el presente PAS no se ha configurado.

Respecto a la reversión de efectos, debido a que TELEFÓNICA no remitió la totalidad de la información solicitada, no se pudo verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la DECISIÓN 854 de la Comunidad Andina, referido a la tarifa mayorista establecida para el caso del “Servicio de Roaming Internacional entre los países miembros de la Comunidad Andina”, en el periodo 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.

En ese sentido, al no concurrir todas las circunstancias de la condición eximente de responsabilidad administrativa por subsanación voluntaria, por no acreditarse el cese de la conducta infractora ni la reversión de los efectos del daño producido, no corresponde aplicar la referida eximente de responsabilidad administrativa.

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 los siguientes criterios:





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.

De acuerdo con la Guía de Cálculo - 2019¹², se precisa que se debe utilizar la metodología del Beneficio Ilícito que podría obtener la empresa como consecuencia de dicha conducta.

El beneficio ilícito percibido, para el presente caso, se encuentra representado por los costos evitados por la empresa operadora, a nivel de personal capacitado y optimización de sistemas, para dar cumplimiento al requerimiento de información efectuado mediante la carta N° 0998-DFI/2021, y reiterada a través de la carta N° 1221-DFI/2021.

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.

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 esta es *muy alta*, debido a que la conducta puede ser constatada directa y fehacientemente con la sola observación de la no entrega de la totalidad de la información requerida al vencimiento del plazo perentorio otorgado para tal efecto.

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 LDFF, referidos a la naturaleza y gravedad de la infracción y el daño causado por la conducta infractora.

Debe considerarse que la información solicitada a la empresa operadora, a través de la carta N° 0998-DFI/2021, tenía por finalidad verificar el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5° y la Primera Disposición Transitoria de la DECISIÓN N° 854; para lo cual, resultaba necesario que dicha empresa alcance la información solicitada en los términos y plazos solicitados.

¹² 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>



Por lo tanto, este organismo no pudo verificar la tarifa mayorista establecida para el caso del “Servicio de Roaming Internacional entre los países miembros de la Comunidad Andina”, en el periodo entre el 1 de enero al 30 de abril de 2021.

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.

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.

Si bien no existen elementos objetivos que permitan cuantificar el perjuicio económico, ello no significa que este no se haya producido, teniendo en cuenta la existencia de un perjuicio a la función fiscalizadora del OSIPTEL, al no haber podido contar con la información necesaria que le permita la verificación de las condiciones de negociación en el mercado mayorista entre los proveedores del servicio de roaming internacional de los países miembros de la CAN

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:

Conforme se ha evaluado en la presente Resolución, se advierte que TELEFÓNICA no remitió la información en el plazo establecido, requerida a través de su carta N° 0998-DFI/2021, y reiterada mediante carta N° 1221-DFI/2021, afectando la función supervisora del OSIPTEL.

Por lo tanto, TELEFÓNICA no demostró una conducta diligente que, de haber existido, habría evitado de alguna manera el resultado producido, dado que, ocasionó que la DFI no pudiera contar con la información necesaria para verificar lo dispuesto en el artículo 5 de la DECISIÓN 854, en el periodo 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.





De otro lado, cabe resaltar que –anteriormente– ya se ha sancionado a TELEFÓNICA por incumplimientos al literal a) del artículo 7 del RGIS, conforme a la siguiente tabla:

Expediente	Resoluciones	Sanción	Año que quedaron firmes
00071-2019-GG-GSF/PAS	276-2019-GG 004-2020-GG 041-2020-CD	51 UIT	2020
00014-2019-GG-GSF/PAS	286-2019-GG 034-2020-GG 057-2020-CD	150 UIT	2020
00081-2019-GG-GSF/PAS	238-2019-GG 101-2021-GG 106-2021-CD 134-2021-CD	150 UIT	2021
00111-2019-GG-GSF/PAS	258-2020-GG 158-2021-GG 148-2021-CD	90.56 UIT	2021
00126-2019-GG-GSF/PAS	313-2020-GG 133-2021-GG 122-2021-CD	90.56 UIT	2021
00055-2020-GG-GSF/PAS	109-2021-GG 184-2021-GG 159-2021-CD 194-2021-CD	90.56 UIT	2021

FUENTE: DFI

Por ende, de la conducta demostrada por la empresa operadora se advierte una falta de ajuste del comportamiento conforme con el marco normativo vigente, el cual hubiese evitado el resultado infractor producido.

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. Sin embargo, se evidencia una actitud negligente de parte de TELEFÓNICA para adecuar su comportamiento a la normativa vigente, dado que -a la fecha- no ha cumplido con entregar la totalidad de la información solicitada mediante carta N° 0998-DFI/2021, y reiterada mediante carta N° 1221-DFI/2021.

Bajo las consideraciones expuestas, 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 con una multa de **51 UIT** por la comisión de la infracción tipificada como **GRAVE** en el artículo 7 del RGIS, por cuanto no entregó la totalidad de la información requerida por este Organismo Regulador, a través de la carta N° 0998-DFI/2021 y reiterada mediante carta N° 1221-DFI/2021.

No obstante, cabe resaltar que uno de los Principios que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública es el Principio de Irretroactividad, contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, el cual establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción por parte de los administrados¹³; sin embargo, dicho principio tiene como excepción a la retroactividad benigna.

¹³ “**Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Al respecto, la aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se le aplica una norma que entró en vigencia después de que este se produjera; es decir, en el supuesto de que una nueva norma establezca de manera integral una consecuencia más beneficiosa en comparación con la norma que estuvo vigente cuando se cometió la infracción, debe aplicarse retroactivamente la nueva norma por ser más beneficiosa, pese a que ella no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito. De acuerdo a la precitada disposición del TUO de la LPAG, las disposiciones sancionadoras posteriores deberán referirse a la (i) tipificación de la infracción, (ii) los plazos de prescripción o (iii) la sanción en sí.

Dicho eso, debe de señalarse que con fecha 11 de diciembre de 2021, se publicó la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTTEL a través de la cual se aprobó la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTTEL (Metodología de Multas - 2021), la cual entró en vigencia el 1 de enero del 2022¹⁴.

Ahora bien, respecto al análisis de favorabilidad entre la Metodología de Multas - 2021 con la Guía de Cálculo - 2019, siendo que esta última resultaría aplicable, al ser la norma vigente al momento de la comisión de las infracciones, el Consejo Directivo ha señalado que¹⁵:

“(…) la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021, respecto a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto.

En ese sentido, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna.”

Considerando lo mencionado, en este caso se tiene que en virtud de los criterios contenidos en la Guía de Cálculo - 2019 se calculó que la multa base por la infracción imputada **ascendía a 51 UIT**; sin embargo, con la Metodología de Multas - 2021, se tiene que por la infracción referida **la multa base asciende a 35,9 UIT**, advirtiéndose de esa forma que esta última Metodología resulta más favorable a TELEFÓNICA en la medida que implica una reducción de 15,1 UIT.

En tal sentido, en virtud al Principio de Retroactividad Benigna y Razonabilidad, esta Instancia considera que corresponde:

- Sancionar a TELEFÓNICA con una multa de **35,9 UIT** por la comisión de la infracción **GRAVE** tipificada como grave en el artículo 7 del RGIS, por cuanto no entregó la totalidad de la información requerida por este Organismo Regulador, a través de la carta N° 0998-DFI/2021 y reiterada mediante carta N° 1221-DFI/2021.

(...)

5.- Irretroactividad. - Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.”

¹⁴ Véase la Primera Disposición Complementaria Final de la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTTEL.

¹⁵ Emitida bajo el Expediente 0001-2021-GG-DFI/PAS, la cual puede ser encontrada en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/u43k1pli/resol065-2022-cd.pdf>.



BICENTENARIO
PERÚ 2021



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.

Conforme a lo señalado por el numeral i)¹⁶ 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 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, la comisión de la infracción administrativa tipificada en el literal a) del artículo 7 del RGIS.
- 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, toda vez que esta empresa operadora no ha remitido los literales a) y b) del numeral (ii) de la carta N° 0998-DFI/2021.
- Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan 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 remisión de la información de forma incompleta impidió verificar lo dispuesto en el artículo 5 de la DECISIÓN 854, en el periodo comprendido 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.
- 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.

¹⁶ Mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL, publicada el 28 de noviembre de 2021, se modificó, entre otros, el numeral del artículo 18 del RGIS, el cual elimina el factor de implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora como atenuante de responsabilidad; sin embargo, esta modificación no afecta el presente análisis, teniendo en cuenta la fecha de la comisión de la conducta infractora, más aún si la empresa no alegó durante la tramitación del PAS, la implementación de alguna medida.





3.3 Capacidad económica del infractor

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 2021.

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 **35,9 UIT** por la comisión de 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 cumplido con remitir la información completa requerida mediante la carta N° 0998-DFI/2021 y reiterada a través de carta N° 1221-DFI/2021, dentro del plazo perentorio establecido, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°. - La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada, 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. juntamente con los Memorandos N° 114-GG/2022 y N° 356-DFI/2022.

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
CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL

CIFUENTES