



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 122-2019-CD/OSIPTEL**

Lima, 26 SET. 2019

EXPEDIENTE N°	:	061-2017-GG-GSF/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 161-2019-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

**VISTOS:**

- (i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 161-2019-GG/OSIPTEL, mediante la cual se sancionó con una multa de ciento veinte con 80/100 (120.8) UIT, al haber incurrido en la infracción muy grave tipificada en la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias para la Implementación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad, aprobado por Resolución N° 081-2017-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, para los meses de agosto a octubre de 2017.
- (ii) El Informe N° 209-GAL/2019 del 23 de setiembre de 2019, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y
- (iii) El Expediente N° 061-2017-GG-GSF/PAS y el Expediente N° 093-2017-GSF.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

- 1.1. Mediante carta N° 1388-GSF/2017, notificada el 5 de diciembre de 2017, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización<sup>1</sup> (en adelante, GSF) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), al haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Supremo N° 009-2017-IN<sup>2</sup> (en adelante, Reglamento del RENTESEG), los meses de agosto a octubre de 2017.
- 1.2. Con carta N° 1389-GSF/2018, notificada 6 de setiembre de 2018, en virtud del artículo 22 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL (en adelante, RFIS), la GSF informó a TELEFÓNICA la variación de la imputación de cargos, en específico del artículo que califica la posible infracción administrativa en el presente PAS. Siendo así, el PAS continuó por el incumplimiento de la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias del RENTESEG.
- 1.3. Mediante Resolución N° 287-2018-GG/OSIPTEL<sup>3</sup> del 23 de noviembre de 2018, la Primera Instancia sancionó a TELEFONICA con ciento veinte con 80/100 (120.8) UIT.

<sup>1</sup> Antes Gerencia de Fiscalización y Supervisión, actual Gerencia de Supervisión y Fiscalización, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 045-2017-PCM de fecha 14 de abril de 2017, que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).

<sup>2</sup> Aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1338, Decreto Legislativo que crea el Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad, orientado a la prevención y combate del comercio ilegal de equipos terminales móviles y al fortalecimiento de la seguridad ciudadana.

<sup>3</sup> Notificada con carta N° 798-GCC/2018 el 26 de noviembre de 2018.



- 1.4. Mediante carta N° TDP-3781-AR-ADR-18 de fecha 17 de diciembre de 2018, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 287-2018-GG/OSIPTEL.
- 1.5. Mediante Resolución N° 161-2019-GG/OSIPTEL<sup>4</sup>, del 24 de julio de 2019, la Gerencia General declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA, contra la Resolución N° 287-2018-GG/OSIPTEL.
- 1.6. Con fecha 15 de agosto de 2019, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 161-2019-GG/OSIPTEL.

## **II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA**

De conformidad con lo establecido en los artículos 218.2 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>5</sup> (en adelante, TUO de la LPAG), así como en el artículo 27 RFIS, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las mencionadas disposiciones.

## **III. ANALISIS DEL RECURSO:**

Sobre los argumentos señalados por TELEFÓNICA en su Recurso de Apelación, este Colegiado considera lo siguiente:

### **3.1 Respetto de la presunta vulneración del Principio de Continuación de Infracciones.-**

TELEFÓNICA señala que se habrían iniciado hasta cuatro (4) procedimientos sancionadores (Expedientes N° 034-2018-GG-GSF/PAS, N° 061-2017-GG-GSF/PAS, N° 012-2017-GG-GSF/PAS y N° 022-2018-GG-GSF/PAS), en los que se evaluaría una única conducta (la prestación del servicio móvil vinculado a equipos terminales móviles registrados en la Lista Negra), que además conformaría el supuesto de hecho de una misma norma infractora destinada a proteger un mismo bien jurídico.

Con ello, TELEFÓNICA indica que resultaría manifiesto que la autoridad no habría observado el Principio de Continuación de Infracciones que establece una serie de requisitos a fin de incoar diferentes procedimientos ante la verificación de una presunta conducta de forma reiterada.

En principio, es importante señalar que de acuerdo a lo estipulado en el numeral 7 del artículo 248 del TUO de la LPAG, el Principio de Continuación de Infracciones supone que para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Como se observa, la aplicación del citado Principio se da únicamente en el marco de infracciones continuadas, que son aquellas en las que existen varias acciones, las cuales individualmente podrían constituir una sola infracción; pero que se consideran como una única infracción, siempre y cuando formen parte de un proceso unitario. Para entender que estamos ante una infracción de este tipo, que implica una unidad jurídica de acción, debe existir homogeneidad de la norma violada (del bien jurídico lesionado) y del sujeto activo,



<sup>4</sup> Notificada el 25 de julio de 2019, a través de carta N° 339-GCC/2019

<sup>5</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.



debiendo actuar éste en ejecución de un plan preconcebido (dolo conjunto) o aprovechando idéntica ocasión (dolo continuado).<sup>6</sup>

Tomando en cuenta lo señalado, solo dos (2) – el presente PAS y el seguido en el N° 034-2018-GG-GSF/PAS- de los cuatro (4) expediente indicados se iniciaron por comportamientos tipificados en un mismo cuerpo normativo (Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias del RENTESEG), por lo que son únicamente esos dos (2) procedimientos los que serán analizados en virtud del Principio de Continuidad de Infracciones, en tanto los otros dos, al enmarcarse en un distinto supuesto de hecho y distinta norma imputada, no podrían considerarse infracciones continuadas.

Ahora bien, el supuesto de hecho tipificado tanto en el presente PAS como en el seguido en el Expediente N° 061-2017-GG-GSF/PAS, es el mismo, esto es, el prestar el servicio móvil en equipos terminales cuyos IMEI se encontraban registrados como sustraídos o perdidos a través del Sistema de Intercambio de Información. Sin embargo, se tiene que el tipo imputado no constituye un proceso unitario sino que simplemente se agota cuando en al menos una oportunidad se hubiere verificado la prestación del servicio móvil en una línea a través de un equipo terminal registrado como sustraído o perdido.

Por tanto, los incumplimientos a la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias del RENTESEG vistos en este procedimiento y en el Expediente N° 061-2017-GG-GSF/PAS no constituyen infracciones continuadas, razón por la que los argumentos presentados por TELEFÓNICA en este extremo quedan desvirtuados.

### 3.2 Respetto de la presunta vulneración al Deber de Motivación.-

TELEFÓNICA indica que se le habría sancionado a pesar de que el OSIPTEL no habría actuado los medios probatorios pertinentes a efectos de comprobar la supuesta conducta infractora que habría dado lugar al presente PAS, situación que evidenciaría la trasgresión de principios esenciales para la validez de las actuaciones de la autoridad administrativa en el ejercicio del *ius puniendi* de la que se ha investido.

Al respecto, TELEFÓNICA señala que la Gerencia General habría sustentado su decisión en el Informe N° 162-GSF/SSDU/2018 (en adelante, Informe de Variación) y los anexos del Informe de Supervisión N° 115-GSF/SSDU/2017 (en adelante, Informe GSF); sin embargo, estos últimos solamente contendrían información genérica sobre los IMEIs imputados y los meses en los que supuestamente habrían cursado tráfico, pero i) no consolidaría las bases de datos o las fuentes de donde se habría extraído dicha información; ii) tampoco evidenciarían los cruces y razonamiento seguido; iii) no harían referencia a la empresa operadora que habría recibido el reporte por parte del cliente; iv) ni indicaría la fecha que con certeza dicho reporte hubiera sido cargado a través del Sistema de Intercambio de Información, fecha que resultaría fundamental para evaluar la obligación imputada.

Cabe agregar que TELEFÓNICA afirma que la metodología de análisis del OSIPTEL se habría limitado al cruce de bases de datos (las correspondientes al Sistema de Intercambio de Información y el SIGEM) versus sus Listas de Vinculación para los meses de agosto, setiembre y octubre de 2017, lo cual resultaría insuficiente, teniendo en consideración que las mencionadas bases no han estado libres de inconsistencias reconocidas por el OSIPTEL y que, en ese sentido, no podrían ser usadas como único referente para sustentar la presente imputación.

De otro lado, la empresa operadora señala que para ejercer plenamente su Derecho de Defensa, debía contar con toda la información que dio lugar a la imputación; sin embargo

<sup>6</sup> BACA ONETO, Víctor. "La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General". En: Revista Derecho y Sociedad No. 37, Año XXII, 2011, p. 268.



ello no habría sido posible ya que nunca tuvo a disposición las bases de datos, siendo que el OSIPTEL no podría ampararse en que TELEFÓNICA tiene acceso al SIGEM (dado que constituye una base de datos dinámica y ha estado sujeta a ajustes) y al expediente de supervisión (dado que el mismo no contiene las bases mencionadas).

Finalmente, TELEFÓNICA argumenta que el OSIPTEL no podría trasladarle la carga de replicar el procesamiento cuando ello le correspondía al órgano instructor; una lectura en contrario resultaría arbitraria e ilegal, más aun cuando en el marco del Expediente N° 034-2018-GG-GSF/PAS (Informe de Supervisión 00072-GSF/SSDU/2018), el OSIPTEL sí remitió el sustento de la imputación.

En relación a lo argumentado por TELEFÓNICA en el presente acápite, tal como lo indicó la Gerencia General a través de sus Resoluciones N° 287-2018-GG/OSIPTEL y N° 161-2019-GG/OSIPTEL, durante la etapa de supervisión, la GSF llevó a cabo todas las acciones necesarias para verificar el cumplimiento de la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias del RENTESEG.

Así, en los Informes N° 115-GSF/SSDU/2017 y N° 162-GSF/SSDU/2018 no sólo se expuso la información que se consideró para supervisar la obligación de no prestar el servicio a través de equipos terminales registrados a través del Sistema de Intercambio de Información, sino que también se detallaron los cruces de información efectuados, precisando las bases de datos consideradas y las fechas de corte en cada caso, de modo tal que si la empresa operadora quisiera cuestionar la evaluación realizada por el OSIPTEL, cuente con las herramientas para hacerlo.

En esa línea, es de considerar que la información del Sistema de Intercambio de Información contiene reportes que son cargados por las propias empresas operadoras en virtud de la Norma que regula el procedimiento para la entrega de información al OSIPTEL de equipos terminales móviles reportados como sustraídos, perdidos y recuperados, y establece el Régimen de Infracciones y Sanciones correspondiente a la Ley N° 28774 y disposiciones reglamentarias, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 050-2013-CD/OSIPTEL, a la cual TELEFÓNICA tiene acceso total en virtud del procedimiento de intercambio, y por ende tiene pleno conocimiento de los datos utilizados; razón por la cual tener o no una base consolidada con la precisión de la empresa operadora, no impacta en su derecho de defensa y menos aún en el deber de motivación por parte de la Administración.

Ahora bien, en lo correspondiente a la fecha de carga de los reportes, se tiene que en más de una oportunidad ya se ha señalado que las fechas consideradas para la imputación fueron aquellas en las que los bloqueos fueron cargados en el Sistema de Intercambio de Información, tomando en cuenta que las últimas llamadas consignadas en la Lista de Vinculación debieron ser posteriores a las 08:00 horas del día en que los bloqueos fueron reportados, dado que hasta dicha hora las empresas operadoras pueden realizar los bloqueos contenidos en los archivos cargados por las demás empresas.

Vale precisar que se han considerado los IMEI para los cuales, la fecha de última llamada es posterior a la fecha de realizado el reporte, teniendo en cuenta que según la normativa vigente, el bloqueo del equipo terminal debe realizarse de manera inmediata al reporte realizado por el abonado, su representante o usuario.

De la misma manera, reiteramos que las Listas de Vinculación remitidas por las propias empresas operadoras, incluyen la fecha y hora de la última llamada emitida o recibida por cada combinación de IMEI, IMSI o MSISDN, de los servicios móviles activos en el mes.

Por tanto, corresponde indicar que los datos expuestos en los Informes de Supervisión antes indicados distan de ser generales o inexactos, sino que en su conjunto constituyeron una correcta motivación al incumplimiento verificado.



Por otro lado, en el marco de su Recurso de Apelación, TELEFÓNICA también cuestiona la consistencia de las bases de datos del Sistema de Intercambio de Información y del Sistema de Información de Gestión de Equipos Móviles (SIGEM). A partir de ello, es preciso resaltar que durante la etapa de supervisión que dio inicio al presente PAS, el órgano competente no utilizó ningún tipo de información vinculada al SIGEM, por lo que los cuestionamientos al mismo no tendrían mayor asidero.

En relación a la afirmación de que el Sistema de Intercambio de Información presentaría data inconsistente, cabe señalar que la empresa operadora no presenta un argumento que pueda ser individualizarlo en los IMEI imputados y, de ese modo, desvirtuar el inicio del presente PAS. Vale agregar que TELEFÓNICA ha tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa, toda vez que ha sido debidamente notificada de los cargos imputados - en concordancia con lo establecido en el numeral 3 del artículo 252 del TUE de la LPAG; no obstante a ello, TELEFÓNICA no ha presentado información alguna que permita acreditar que el desvío del cumplimiento de los deberes que le correspondían honrar podría obedecer a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control.

Por lo tanto, contrario a lo alegado por TELEFÓNICA, esta Instancia considera que el presente procedimiento no ha vulnerado los principios invocados, permitiéndoles a la empresa operadora exponer sus argumentos y defensas, ofrecer medios probatorios y contradecir los ofrecidos durante la etapa de instrucción, así como el derecho de obtener una decisión motivada y fundada en Derecho.

Finalmente, resulta importante resaltar que el OSIPTEL en ningún momento le ha trasladado a TELEFÓNICA la carga de la prueba en relación a los incumplimientos imputados en el presente PAS, en tanto la motivación de las infracciones queda plenamente acreditada no solo con lo detallado en los Informes de Supervisión sino también con los datos consignados en sus anexos, tal como sucedió en el Expediente N° 034-2018-GG-GSF/PAS.

En ese sentido, el OSIPTEL no ha afectado la debida motivación ni tampoco ha mostrado un comportamiento arbitrario e ilegal, por lo que queda desvirtuado lo alegado por TELEFÓNICA.

### **3.3 Respetto de la presunta vulneración a los Principios de Causalidad, Culpabilidad y Verdad Material.-**

TELEFÓNICA señala que a través de las Cartas N° 091-GCC.AI/2018, 007-GCC.AI/2018, 077-GCC.AI/2018 (Memorando N° 010-GTICE-JIS-2018) y correo electrónico de fecha 15 de junio de 2018, así como en la reunión de trabajo de fecha 09 de mayo de 2018, el OSIPTEL habría aceptado la existencia de incidencias en el Sistema de Intercambio de Información.

TELEFÓNICA agrega que es precisamente ante las fallas en el sistema que el OSIPTEL habría postergado la entrada en vigencia del RENTESEG, siendo que incluso ello habría dado lugar a un proceso disciplinario.

A partir de lo indicado, la empresa operadora indica que la información que es procesada y que es administrada en el SIC y en el SIGEM no es certera, razón por la cual no podría constituir un medio de referencia suficiente para sustentar su responsabilidad en el marco del presente PAS. Siendo así, TELEFÓNICA agrega que dicha situación debe ser tomada en cuenta, puesto que los Principio de Causalidad y de Culpabilidad, constituyen principios del procedimiento sancionador por los cuales las empresas operadoras únicamente pueden resultar responsables en tanto la infracción sea consecuencia directa de su actuar.



Finalmente, TELEFÓNICA afirma que aun cuando el órgano instructor haya desvirtuado este argumento indicando que las fallas habrían sido posteriores al periodo imputado, lo cierto es que el OSIPTEL habría conocido dicha situación desde el 16 de junio de 2016.

Conforme lo señaló la Gerencia General en los dos (2) pronunciamientos efectuados en relación al presente PAS, la presentación de las cartas y correos electrónicos referidos por TELEFÓNICA no permiten desvirtuar los incumplimientos detectados, en tanto corresponden a periodos posteriores (2018). De haber querido desvirtuar la imputación materia de análisis, habría sido necesario acotarse al periodo (agosto a octubre de 2017) e IMEI imputados y, además, las presuntas fallas habrían tenido que estar relacionadas con el supuesto de hecho tipificado por la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias del RENTESEG.

Respecto de fallas en el Sistemas que habrían dado lugar a la postergación de la entrada en vigencia del RENTESEG así como al inicio de un procedimiento disciplinario, primero, corresponde indicar que conforme se advierte de las Resoluciones N° 004-2018-CD/OSIPTEL y N° 123-2018-CD/OSIPTEL citadas por TELEFÓNICA, las ampliaciones de plazo no obedecieron a las razones señaladas por TELEFÓNICA -falta de idoneidad del SIC- conforme se advierte de los Informes N° 00004-GPRC/2018 y N° 00117-GPRC/20186 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL que sustenta tales Resoluciones.

Así, se tiene que la Resolución N° 004-2018-CD/OSIPTEL, sustentada en el Informe N° 004-GPRC/2018, amplió el plazo para la entrada en vigencia del RENTESEG debido a que tomando en cuenta los plazos establecidos en las Normas Complementarias, existían algunas disposiciones normativas que requerían ser emitidas con antelación a la fecha de inicio de operaciones del RENTESEG como la vinculada a los importadores de los equipos terminales móviles, la propuesta de modificación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1338, el proyecto de norma que modificara el TUO de las Condiciones de Uso y la modificación de los plazos establecidos en las Disposiciones Complementarias Finales y Transitorias de la Resolución N° 081-2017-CD/OSIPTEL.

De la misma manera la Resolución 123-2018-CD/OSIPTEL, sustentada en el Informe N° 117-GPRC/2018, amplió el plazo para la entrada en vigencia del RENTESEG dado que, aun cuando resultaba importante asegurar que el intercambio de información correspondiente a la Segunda Fase se encuentre operativo y funcione correctamente, antes de dejar sin efecto al que venía operando, a dicho momento existían dos (2) empresas concesionarias del servicio público móvil que habían anunciado que pese a los esfuerzos realizados para cumplir con el cronograma correspondiente, requerían un plazo adicional para garantizar la operatividad de la Segunda Fase del RENTESEG.

En relación al procedimiento disciplinario en trámite, corresponde indicar que de la carta N° 239-GCCAI/2018 supone la respuesta del OSIPTEL al requerimiento de TELEFÓNICA respecto de si el peritaje informativo al Sistema de Intercambio de Información de Terminales Robados, Perdidos y Recuperados del OSIPTEL ya había culminado y de ser el caso el mismo ya contaba con un Informe Final. Así, la respuesta del regulador indicó que no era posible acceder a dicha información porque formaba parte de la información confidencial vinculada a un procedimiento administrativo disciplinario en trámite.

Sin embargo, lo consignado en la mencionada carta no presenta ningún tipo de vinculación con el correcto o incorrecto funcionamiento del Sistema de Intercambio de Información, por lo que su análisis en relación al presente PAS es infructuoso.

Ahora bien, sin perjuicio de lo indicado, es pertinente señalar que cualquier falla en el sistema alegado por TELEFÓNICA o la existencia de un peritaje, no han afectado los incumplimientos sobre los cuales versa el presente PAS, en la medida que de acuerdo al



análisis realizado por el Órgano Instructor y validado por la Primera Instancia, durante la tramitación del PAS se realizaron verificaciones por parte del OSIPTEL a los IMEI imputados, concluyendo la exclusión de solo uno de ellos derivado de errores por los propios reportes de la empresa, cuyos reportes no cumplían con los parámetros establecidos por la Resolución N° 050-2013-CD/OSIPTEL.

Por todo lo expuesto, quedas desvirtuados los argumentos presentados por TELEFÓNICA, en este extremo.

#### 3.4 Respetto de la aplicación de la Subsanación Voluntaria.-

TELEFÓNICA solicita la aplicación del eximente de responsabilidad de subsanación voluntaria al haberse cumplido con las condiciones requeridas por esta figura jurídica.

Frente a los argumentos planteados por TELEFÓNICA y detallados en el Informe N° 209-GAL/2019, se tiene que en lo correspondiente al cese, la Primera Instancia (Resolución N° 287-2018-GG/OSIPTEL) determinó su aplicación estableciendo una reducción del 20% de la multa final, razón por la cual este extremo no presenta mayor controversia.

En relación con la voluntariedad y oportunidad del cese, es importante señalar que el presente PAS se encontró vinculado a la imposición de una Medida Cautelar a través de la Resolución N° 203-2017-GSF/OSIPTEL, notificada con carta N° 1392-GSF/2017 el 05 de diciembre de 2017; siendo así, es la carta antes indicada la que comunica a TELEFÓNICA la existencia de una orden directamente relacionada al cese de su conducta, es decir, a bloquear inmediatamente la prestación del servicio móvil a través de trece mil ciento cincuenta y seis (13 156) IMEI reportados como sustraídos o perdidos en el Sistema de Intercambio de Información.

Por tanto, para determinar la voluntariedad y la oportunidad del cese, es pertinente indicar que el Informe de Supervisión N° 143-GSF/SSDU/2018 que sustentó el levantamiento de la medida cautelar, señaló lo siguiente:

IMEI incluidos en la Resolución de Medida Cautelar	13 156
IMEI bloqueados en el plazo de la Medida Cautelar	224
IMEI bloqueado antes del plazo de la Medida Cautelar	12 872
IMEI liberados en el Sistema de Intercambio Centralizado del OSIPTEL	60

Así, contrariamente a lo indicado por la Gerencia General, se verificó que doce mil ochocientos setenta y dos (12 872) IMEI fueron bloqueados antes de la imposición de la medida cautelar, esto es, antes del 05 de diciembre de 2017; no obstante, doscientos veinticuatro (224) fueron bloqueados a partir de Medida Cautelar del OSIPTEL.

Por tanto, tomando en consideración que el Consejo Directivo del OSIPTEL ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto de que cada uno de los criterios de la subsanación voluntaria deben verificarse en la totalidad de casos imputados y, en este caso, únicamente existiría voluntariedad en relación a un porcentaje, no es posible determinar su aplicación.

Finalmente, sobre la reversión de los efectos, se tiene que la Real Academia Española (RAE), conceptualiza el término "subsana" como 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 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 otros incumplimientos 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.

Cabe señalar que, distinto es el caso de incumplimientos que hasta la fecha de su cese no hayan generado un efecto concreto, en cuyo caso no resulta exigible, naturalmente, 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. Una lectura en contrario, podría vulnerar los derechos del administrado en tanto se estaría desnaturalizando una exigencia legal.

Por tanto, en virtud del caso particular, no se ha verificado la reversión de efectos ya que el incumplimiento de la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias del RENTESEG impactan directamente en los usuarios en tanto equipos bajo su titularidad pudieron seguir cursando tráfico para fines ilegales que posteriormente, podrían ser atribuidos a las personas que ya no estaban en posesión de los equipos. En esa línea, que el bloqueo de los equipos se haya dado de forma posterior, no quita el que se haya puesto en riesgo y/o en situación de indefensión a los titulares, más aun cuando únicamente la empresa operadora estaba en capacidad incorporar los IMEI en sus propios EIR.

A partir de lo descrito, no es posible la aplicación de la subsanación voluntaria, quedando desvirtuados los argumentos presentados por TELEFÓNICA en el presente extremo.

### **3.5 Respecto de la aplicación de atenuantes de responsabilidad.-**

TELEFÓNICA señala que en todo momento ha mostrado interés en cumplir con las disposiciones vinculadas al RENTESEG, lo cual se evidenciaría a partir de i) constantes comunicaciones y reuniones sostenidas con el OSIPTEL, ii) existencia de un sistema específico para cumplir con las obligaciones correspondientes, iii) el cumplimiento de disposiciones antes del inicio de procedimientos administrativos, y iv) la corrección inmediata cuando se observan posibles incidencias.

Asimismo, TELEFÓNICA indica que – frente a otras empresas operadoras – presentaría un número menor de inconvenientes detectados en cada uno de los procedimientos administrativos iniciados por el OSIPTEL.

De otro lado, TELEFÓNICA solicita la aplicación del atenuante relacionado a la implementación de mejoras y medidas para asegurar la no repetición de las conductas imputadas, dado que las mismas ya habrían sido validas tanto por la GSF (Informe N° 143-GSF/SSDU/2018) y el Consejo Directivo del OSIPTEL (Resolución N° 216-2018-CD/OSIPTEL).

En relación a lo argumentado por TELEFÓNICA en el presente acápite, corresponde indicar que, mostrar interés en agendar reuniones, indicar tener un sistema específico para cumplir con las obligaciones vinculadas al RENTESEG, afirmar cumplir con las disposiciones antes del inicio de procedimientos administrativos, afirmar corregir de manera inmediata cuando se observan posibles incidencias o, alegar tener un número bajo de incidencias, son factores que no pueden ser considerados como atenuantes en tanto no se encuentra dispuesto así en la normativa general ni especial y, aun cuando lo estuvieren, son afirmaciones generales que no podrían vincularse a la imputación materia de análisis y menos aún al tipo analizado en el presente expediente.





Ahora bien, en relación las acciones de mejora y medidas para habrían asegurado la no repetición de las conductas imputadas se tiene que lo presentado es una descripción de presuntas acciones técnicas implementadas, las mismas que no se encuentran acompañadas de acreditaciones que permitan observar la implementación, uso y eficiencia de las mismas, no es posible validar las medidas alegadas ya que no constituyen una prueba idónea.

Finalmente, cabe indicar que, contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA, el Informe N° 143-GSF/SSDU/2018 no valida como atenuante de responsabilidad, la presentación de los argumentos antes citados, sino que solo los incorpora de manera descriptiva.

De otra parte, si bien la Resolución N° 216-2018-CD/OSIPTel valora la argumentación planteada por TELEFÓNICA en relación al PAS seguido en el Expediente N° 038-2017-GG-GFS/PAS, lo cierto es que el presente procedimiento aborda otro incumplimiento, otra tipificación y otro cuerpo normativo, por lo que considerando que las medidas implementadas deben ajustarse a la conducta imputada, no resultaría viable la aplicación de atenuantes en el marco del PAS materia de evaluación.

Sin perjuicio de ello, aun cuando las conductas del presente procedimiento y el referido por TELEFÓNICA hubieran sido las mismas, si bien en el antecedente del año 2018 se valoraron los argumentos respectivos como medidas que asegurarían la no repetición de la conducta; el hecho de que se esté analizando nuevamente el incumplimiento de la misma conducta, desvirtuaría las medidas implementadas haciendo inviable su calificación como atenuante de responsabilidad.

A partir de lo descrito, quedan desvirtuados los argumentos presentados por TELEFÓNICA en el presente extremo.

### 3.6 Respetto de la incorrecta graduación de la sanción.-

TELEFÓNICA indica que el OSIPTel habría efectuado un escueto análisis de los criterios para graduar la multa, el mismo que en diversos extremos se habría sustentado en cuestiones no probadas.

Considerando todos los argumentos presentados por la empresa operadora, detallados en el Informe N° 209-GAL/2019, se tiene que en relación al beneficio ilícito, es importante señalar que la Gerencia General sí menciona los criterios utilizados para su cuantificación, esto es, los costos no asumidos o evitados para dar cumplimiento a la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias del RENTESEG; representado por los costos involucrados en todas aquellas actividades (mantenimiento/adecuación de un sistema adecuado), así como personal necesario responsable por parte de TELEFÓNICA, a efectos de asegurar el cumplimiento de la prohibición de prestar el servicio en equipos terminales móviles cuyas series se encuentren registradas como sustraídas o perdidos en la base de datos centralizada del Sistema de Intercambio de Información.

Del mismo modo, se consideraron los ingresos que pudo haber percibido TELEFÓNICA por tráfico cursado mediante los equipos terminales móviles que se encontraban registrados como sustraídos o perdidos en la Base de Datos Centralizada del procedimiento de intercambio de información (13 1256 en el marco del presente PAS), y que por ende debieron estar deshabilitados para su uso en la red de la referida empresa.

Finalmente, resulta importante agregar que la no adecuación del comportamiento a lo estipulado por la normativa vigente también supone asumir un costo de oportunidad, el mismo que en este caso estuvo compuesto por la rentabilidad obtenida por los recursos no invertidos en el cumplimiento de la la Segunda Disposición Complementaria Final de las



Normas Complementarias del RENTESEG y que, por tanto, estuvo disponible para otras actividades alternativas que incrementaron los beneficios del infractor.

Sobre la probabilidad de detección, corresponde indicar que en el presente caso no puede ser considerada alta dado que, si bien la empresa operadora es quien remite al OSIPTEL la información a ser analizada, lo cierto es que el incumplimiento imputado es el de prestar el servicio móvil a través de equipos cuyos IMEI se encuentren registrados como sustraídos o perdidos a través del Sistema de Intercambio de información, con lo cual la sola remisión de información no permite detectar la infracción, sino que es necesario hacer una serie de cruces que dificultan la identificación de incumplimientos.

De otro lado, en relación a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, se debe tomar en consideración que – en general- la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y circunstancias en los que se observó el incumplimiento, siendo así, aquellos criterios para los que no se cuente con evidencia cuantificable, no son tomados en cuenta en la determinación de la multa.

A partir de lo indicado, en el marco del presente PAS, si bien existe evidencia fáctica de los perjuicios (vinculados tanto a la titularidad del servicio público de telecomunicaciones como a la seguridad ciudadana) que se generan cuando una empresa operadora presta el servicio móvil a través de un equipo cuyo IMEI se encuentra reportado como sustraído o perdido, lo cierto es que en el expediente no se cuenta con la información que permita cuantificar dicha situación, razón por la cual la multa impuesta por la Gerencia General se calculó a partir del beneficio ilícito y la probabilidad de detección.

Respecto de las circunstancias en las que se cometió la infracción, corresponde reiterar lo ya señalado previamente en el presente documento y es que, la descripción de las medidas presuntamente implementadas no acredita que las mismas efectivamente se hayan puesto en operación, por lo que no resultaría aplicable el atenuante de responsabilidad correspondiente a la implementación de medidas que eviten que se vuelva a incurrir en la infracción.

Finalmente, en relación a la intencionalidad y la reincidencia, resulta importante señalar que -de acuerdo a lo establecido por el TUO de la LPAG - constituyen agravantes; sin embargo, los mismos no han sido observados ni por el órgano instructor ni por la Primera Instancia, razón por la cual no fueron considerados en la graduación de la multa impuesta.

Considerando todo lo expuesto, es preciso incidir en que en el apartado III de la Resolución N° 287-2018-GG-GSF/PAS, la Gerencia General desarrolló cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG y en el RFIS, acotando el análisis de cada uno de ellos<sup>7</sup> a los hechos observados en el presente expediente.

De la misma manera, la Primera Instancia también analizó los atenuantes de responsabilidad establecidos en el numeral 2 del artículo 257 del TUO de la LPAG y en el artículo 18 del RFIS, sobre la base de la casuística particular de TELEFÓNICA, siendo que a partir de dicha evaluación se determinó que solo le era aplicable el cese de la conducta infractora.

En virtud de lo expuesto, se advierte que la multa ordenada por la Resolución N° 287-2018-GG/OSIPTEL y confirmada por Resolución N° 161-2018-GG/OSIPTEL cuentan con sustento lógico y jurídico, sin resultar desproporcionadas.

<sup>7</sup> Tales como: Beneficio ilícito, probabilidad de detección, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, perjuicio económico causado, reincidencia, circunstancias de la comisión de la infracción y, existencia o no de intencionalidad.



Finalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones, en lo referente a la determinación de responsabilidad, expuestos en el Informe N° 209-GAL/2019 del 23 de setiembre de 2019, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual –conforme al numeral 6.2 del artículo 6 del TULO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75 del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 716.

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, contra la Resolución N° 161-2019-GG/OSIPTEL, y en consecuencia CONFIRMAR la MULTA de CIENTO VEINTE con 80/100 (120.8) UIT, al haber incurrido en la infracción muy grave tipificada en la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias para la Implementación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad, aprobado por Resolución N° 081-2017-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, para los meses de agosto a octubre de 2017.

**Artículo 2°.-** Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

**Artículo 3.-** Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

- 3.1. La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 209-GAL/2019 a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.;
- 3.2. La publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”;
- 3.3. La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 209-GAL/2019 y la Resolución de Gerencia General N° 161-2019-GG/OSIPTEL, en el portal web institucional del OSIPTEL: [www.osiptel.gob.pe](http://www.osiptel.gob.pe); y,
- 3.4. Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL, para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



  
  
**RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ**  
Presidente del Consejo Directivo