



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

OSIPTTEL
GG

FOLIOS

77

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

N° 00147-2017-GG/OSIPTTEL

Lima, 7 de julio de 2017

EXPEDIENTE N°	:	00071-2014-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO:

El Informe de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTTEL (GSF)¹ N° 00417-GFS/2016, por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.(TELEFÓNICA), por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°087-2013-CD/OSIPTTEL, por cuanto habría entregado información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I, para el trimestre junio-agosto 2014.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

- Mediante Informe N° 810-GFS/2014 (Informe de Supervisión), de fecha 30 de setiembre de 2014, la GSFS emitió el resultado de la supervisión realizada a la información de sustento de los indicadores de consumo, correspondiente al ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I, para el trimestre junio – agosto 2014, seguida en el expediente N°00296-2014-GG-GFS. Sus conclusiones fueron las siguientes:

"5. CONCLUSIONES

a) Telefónica del Perú S.A.A. incumplió lo dispuesto en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, al hacer entrega de información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas de los servicios de Categoría I para el periodo trimestral de junio – agosto 2014, de acuerdo al siguiente detalle:

- Tráfico local de la Tarjeta Hola Perú de febrero de 2014, por excluir tráfico local a destinos fijos y por incluir tráfico a destinos móviles

- Tráfico de larga distancia nacional de acceso automático de marzo de 2014, por excluir tráfico local terminado en teléfonos fijos de Telefónica Móviles S.A.

b) La conducta descrita en el literal precedente se encuentra tipificada como infracción grave, correspondiendo a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador a Telefónica del Perú S.A.A."



¹ Con fecha 14 de abril de 2017, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N°045-2017-PCM, mediante el cual se modificó el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTTEL. La norma antes mencionada, modificó la denominación de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, por "Gerencia de Supervisión y Fiscalización"; por lo que, para efectos de la presente Resolución, se utilizará esta última denominación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

2. La GSF mediante carta N° C.2025-GFS/2014, notificada el 1 de octubre de 2014, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS, al haber advertido que habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para la remisión de sus descargos.
3. Mediante carta N° DR-107-C-1488/DF-14, recibida el 16 de octubre de 2014, TELEFÓNICA solicitó se le otorgue un plazo adicional de treinta (30) días hábiles para la presentación de sus descargos. Dicha solicitud fue atendida a través de la carta N° C.2165-GFS/2014, notificada el 20 de octubre de 2014.
4. A través de la carta N° DR-107-C-1753/DF-14, recibida el 7 de noviembre de 2014, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
5. TELEFÓNICA con carta N°TP-AR-GGR-0038-15, recibida el 8 de enero de 2015, solicitó a la GSF la programación de una reunión de trabajo con la finalidad de revisar de forma conjunta los procedimientos sancionadores en trámite. Al respecto, la GSF mediante carta N°C.114-GFS/2015, notificada el 20 de enero de 2015, comunicó a TELEFÓNICA la programación de la reunión para el día 27 de enero de 2015; siendo que la misma se realizó en la fecha indicada, en las instalaciones del OSIPTEL.
6. Mediante carta N° C.1151-GFS/2015, notificada el 23 de junio de 2015, la GSF solicitó a TELEFÓNICA precisar las medidas adoptadas con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9° del RFIS. Con carta N°TP-AR-GGR-1910-15 recibida el 22 de julio de 2015, TELEFÓNICA remitió la información requerida.
7. A través del Memorando N° 02850-GFS/2015, emitido el 30 de diciembre de 2015, la GSF solicitó a la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (GPRC) *"informar en qué proporción las diferencias encontradas en el Informe de Supervisión N° 810-GFS/2014 habrían generado distorsiones en la aprobación del ajuste trimestral de tarifas del periodo junio-agosto 2014"*. Dicha solicitud fue atendida a través del Memorando N° 00009-GPRC/2016 emitido el 08 de enero de 2016.
8. Con carta N° C.00549-GFS/2016, notificada el 14 de marzo de 2016, la GSF solicitó a TELEFÓNICA precisar los alcances de lo manifestado a través de la carta N° DR-107-C-1753/DF-14. Al respecto, a través de la carta N°TP-AR-GGR-742-16 recibida el 22 de marzo de 2016, TELEFÓNICA remitió la información requerida.
9. Con fecha 30 de mayo de 2016, la GSF remitió a la Gerencia General el Informe N°00417-GFS/2016 (Informe Final de Instrucción), mediante el cual realizó el análisis de los descargos del PAS remitidos por TELEFÓNICA.
10. Por carta N°C.00030-GG/2017, notificada el 11 de enero de 2017, se remitió a TELEFÓNICA el Informe N°00417-GFS/2016, otorgando cinco (5) días hábiles a la empresa operadora para la remisión de sus descargos.
11. TELEFÓNICA mediante la carta N°TP-0192-AG-GGR-17, recibida el 18 de enero de 2017, presentó descargos respecto del informe antes mencionado.
12. A través de la carta N°TP-0414-AG-GGR-17, recibida el 3 de febrero de 2017, TELEFÓNICA solicitó la adecuación del Informe Final de Instrucción a lo señalado por el Decreto Legislativo N°1272.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTEL
GG

FOLIOS

78

13. Con fecha 7 de abril de 2017, TELEFÓNICA remitió la carta N°TP-1040-AR-GGR-17, mediante la cual solicitó la acumulación de los expedientes N°00053-2014-GG-GFS/PAS, 00071-2014-GG-GFS/PAS, 00089-2014-GG-GFS/PAS, 00027-2015-GG-GFS/PAS y 00039-2015-GG-GFS/PAS.

II. ANÁLISIS.-

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, publicado el 02 de febrero de 2001, este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. Así también el artículo 41° del mencionado Reglamento 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.

Sobre el particular, debemos señalar que el presente PAS se inició contra TELEFÓNICA al imputársele la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 9.- Entrega de información inexacta

La Empresa Operadora que haga entrega de información inexacta incurrirá en infracción grave".

Conforme a lo señalado en el Informe de Supervisión, se aprecia que TELEFÓNICA habría transgredido lo dispuesto en el artículo 9° del RFIS, al haber entregado información inexacta respecto de los siguientes indicadores de consumo:

- Tráfico local de la Tarjeta Hola Perú de febrero de 2014, por excluir el tráfico local a destinos fijos y por incluir tráfico a destinos móviles.
- Tráfico de larga distancia nacional de acceso automático de marzo de 2014, por excluir tráfico local terminado en teléfonos fijos de Telefónica Móviles S.A.

Es oportuno indicar que, de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG)-, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado², que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 250.3° 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.



² PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1° ed., Pág. 539.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos corresponde continuar con el trámite del análisis del PAS iniciado a TELEFÓNICA, por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito. Por consiguiente, a continuación procederemos a analizar los argumentos presentados por la empresa operadora a través de sus descargos, respecto a la imputación de cargos formulada por la GSF.

2.1. Respeto de la solicitud de acumulación de expedientes.-

TELEFÓNICA, mediante carta N° TP-1040-AR-GGR-17, solicitó en aplicación de los Principios de Celeridad y Simplicidad previstos en los numerales 1.9³ y 1.13⁴ del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG respectivamente, la acumulación de los procedimientos administrativos sancionadores tramitados en los expedientes N° 00053-2014-GG-GFS/PAS, 00071-2014-GG-GFS/PAS, 00089-2014-GG-GFS/PAS, 00027-2015-GG-GFS/PAS y 00039-2015-GG-GFS/PAS, de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la referida norma, debido a que ostentan el mismo sujeto infractor, se han iniciado por el incumplimiento del artículo 9° del RFIS y se encuentran en el mismo estado procedimental.

Al respecto, cabe señalar que, el artículo 158° del TUO de la LPAG establece que:

“Artículo 158.- Acumulación de procedimientos

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.”

De la revisión de las cartas que iniciaron los mencionados procedimientos administrativos sancionadores, se advierte lo siguiente:

Cuadro 1: Expedientes sancionadores materia de la solicitud de acumulación

EXPEDIENTE N°	OBJETO DEL PAS
00053-2014-GG-GFS/PAS	GSF mediante carta N° C.1334-GFS/2014, notificada el 01.07.2014, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento del artículo 9° del RFIS, al haber entregado información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I para el trimestre <u>marzo – mayo de 2014</u> .
00071-2014-GG-GFS/PAS	GSF mediante carta N° C.2025-GFS/2014, notificada el 01.10.2014, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento del artículo 9° del RFIS, al haber entregado información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I para el trimestre <u>junio – agosto de 2014</u> .
00089-2014-GG-GFS/PAS	GSF mediante carta N° C.2636-GFS/2014, notificada el 24.12.2014, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento del artículo 9° del RFIS, al haber entregado información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I para el trimestre



³ **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**
(...)

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

⁴ **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**
(...)

1.13. Principio de simplicidad.- Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.



	diciembre de 2014 – febrero de 2015.
00027-2015-GG-GFS/PAS	GSF mediante carta N° C.601-GFS/2015, notificada el 01.04.2015, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento del artículo 9° del RFIS, al haber entregado información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I para el trimestre <u>marzo – mayo de 2015.</u>
00039-2015-GG-GFS/PAS	GSF mediante carta N° C.1212-GFS/2015, notificada el 01.07.2015, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento del artículo 9° del RFIS, al haber entregado información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I para el trimestre <u>junio – agosto de 2015.</u>

Elaboración: PIA

En este punto, debe precisarse que, al ser TELEFÓNICA la empresa incumbente en los servicios de telefonía fija, se ha establecido el mecanismo de simular competencia a través de la implementación del factor de productividad, que permite la reducción de precios al usuario final en función de la eficiencia de la empresa respecto a los servicios de Categoría I.

Dicho factor de productividad es fijado cada tres (3) años y su aplicación se efectúa trimestralmente mediante los ajustes tarifarios, debiendo TELEFÓNICA presentar una solicitud con los indicadores de consumo de los servicios de Categoría I (líneas y tráfico) del trimestre calendario anterior, de conformidad con lo previsto en el Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de TELEFÓNICA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 048-2006-CD/OSIPTEL (Instructivo de Tarifas).

Cabe agregar que, dentro de la facultad discrecional de la Administración, se encuentra la facultad de determinar el modo en que efectuará su función supervisora, a fin de cumplir con los fines a los que ello se encuentra orientado.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que los mencionados procedimientos administrativos sancionadores están referidos a diferentes períodos trimestrales de ajustes de tarifas de los servicios de Categoría I, no corresponde acumular dichos expedientes, dado que se tratan de hechos que constituyen presuntas infracciones sancionables distintas, debiendo denegarse la solicitud presentada por TELEFÓNICA a través de la carta N° TP-1040-AR-GGR-17.

2.2. Respecto del hecho o comportamiento imputado por el intento de sanción.-

TELEFÓNICA sostiene que se le ha imputado la comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS, sin que dicha disposición normativa haya definido o establecido previamente qué debe entenderse como "información inexacta". En ese contexto, la imposición de una sanción supondría la vulneración del Principio de Tipicidad, dado que el OSIPTEL ejercitaría su potestad sancionadora sobre la base de términos o conceptos genéricos e indeterminados, no definidos con anterioridad en ningún dispositivo normativo.

Agrega que el ente regulador no puede pretender ni exigir al administrado una perfección absoluta en la entrega de la información, más aún cuando la LPAG reconoce supuestos en los que la propia Administración puede cometer errores. Por tanto, las diferencias o posibles errores incurridos por los administrados deberían ser evaluados de forma equitativa.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

Finalmente, sostiene que debe aplicarse el criterio recogido en el Informe N°00584-GFS/2007, asociado al expediente de supervisión N°00009-2006-GG-GFS/21-3, en el que a pesar de encontrarse diferencias en la información sustentatoria de los indicadores de consumo de categoría I del periodo abril-setiembre de 2005, se decidió no iniciar un PAS, debido a que las mismas eran "no relevantes". Dado que en el presente caso no se ha demostrado la existencia de impactos negativos respecto de la inexactitud de la información, TELEFÓNICA sostiene que correspondería se archive el presente PAS.

Al respecto, en el presente caso, se imputa a TELEFÓNICA la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS, por cuanto habría entregado información inexacta a OSIPTEL, durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de categoría I, para el trimestre junio-agosto 2014.

Sobre el particular, debemos señalar que en el Informe de Supervisión que acompaña a la carta de inicio del PAS, se ha dejado claramente establecido en qué consisten las inexactitudes que se habrían advertido como consecuencia del proceso de verificación ejecutado por la GSF; indicándose expresamente que se habrían configurado "(...) diversas diferencias entre la información entregada por TdP con ocasión de la respectiva solicitud de ajuste tarifario; y, los resultados obtenidos a partir de la información de base que sustenta tales cifras reportadas"; por lo que es evidente qué tipo de conducta se le imputa a TELEFÓNICA, en el presente caso.

Con relación a ello, a continuación se detalla cuáles son las inexactitudes encontradas en la información remitida por la empresa operadora, con ocasión del proceso de ajuste trimestral del periodo junio-agosto 2014:

- (i) Información inexacta del tráfico local de la Tarjeta Hola Perú de febrero de 2014; por excluir tráfico local a destinos fijos y por incluir tráfico a destinos móviles.

Table with 3 columns: ELEMENTOS TARIFARIOS, FEBRERO 2014, and Diferencia (1). Rows include Tarjeta Hola Perú, Llamadas locales horario normal, and -Llamadas/-Minutos de comunicación.

(1) Diferencia entre la información entregada por TELEFÓNICA con ocasión de la respectiva solicitud de ajuste tarifario y la información calculada por el OSIPTEL durante el proceso de supervisión.

- (ii) Información inexacta del tráfico de larga distancia nacional de acceso automático de marzo de 2014; por excluir tráfico local terminado en teléfonos fijos de Telefónica Móviles S.A.

Table with 3 columns: ELEMENTOS TARIFARIOS, MARZO 2014, and Diferencia (1). Rows include Discado Directo, Larga Distancia Nacional, and Horario Normal.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

OSIPTEL GG	FOLIOS 80
---------------	--------------

Horario Reducido	-8.295	-0,77%
------------------	--------	--------

(1) Diferencia entre la información entregada por TELEFÓNICA con ocasión de la respectiva solicitud de ajuste tarifario y la información calculada por el OSIPTEL durante el proceso de supervisión.

Ahora bien, respecto a lo alegado por TELEFÓNICA, es importante precisar que, no es equívoco ni afecta el Principio de Tipicidad que se recurra – por ejemplo- al Diccionario de la Real Academia Española⁵ (RAE) para colegir qué se entiende por información inexacta, tal como así lo ha dispuesto el Consejo Directivo a través de la Resolución N°132-2013-CD/OSIPTEL⁶.

Debe considerarse que la doctrina⁷ reconoce como criterio de interpretación de las normas, entre otros, al método literal, el cual consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito en el que ella se produjo. En tal sentido, las definiciones establecidas por la RAE, permiten entender que dicho término corresponde a aquello que no resulta rigurosamente cierto o correcto respecto de lo que se solicita o de lo que la norma exige.

Por su parte, la Exposición de Motivos del RFIS señala que la mencionada infracción se configura con la presentación de documentos, manifestaciones o cualquier otro medio no concordante con la realidad. Asimismo, dispone que la infracción analizada refleja una deficiencia de la propia información que es presentada por la empresa, situación que no la enerva de verificar si esta es correcta o si se adecua a las exigencias de cada caso, siendo que para la determinación de la infracción basta que se infrinja un deber de cuidado exigible a la empresa operadora.

Es evidente, entonces, que el tipo infractor establecido en el artículo 9° del RFIS es claro y preciso, por lo que no constituye un concepto jurídico indeterminado ni genérico. En ese sentido, debemos advertir que si la información que la empresa operadora presenta al regulador no guarda exactitud frente a la realidad material, como ocurre en el presente caso, no podrá considerarse “exacta” y, por ende, corresponderá evaluar si cabe la imposición de una sanción administrativa. Dada la clara connotación jurídica del tipo legal analizado, no vulnera el Principio de Tipicidad el hecho que el desarrollo de su contenido no se encuentre expresamente contemplado en el RFIS o en el Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de TELEFÓNICA.

Respecto de la presencia de errores que habrían generado que no se remita la información de forma exacta, debemos señalar que de acuerdo con la doctrina, a efectos que el error sea catalogado como una causa eximente de responsabilidad, el mismo debe ser invencible, esto es que no pudo evitarse ni empleando la diligencia exigible⁸. Asimismo, se considera que la diligencia debe medirse en función de las características particulares del hecho y del autor, siendo que en el caso de agentes con características similares a las que ostenta TELEFÓNICA en el mercado, la Administración debe ser rigurosa al evaluar dicha diligencia.

En dicha medida, el nivel de diligencia exigido a TELEFÓNICA debe ser alto, puesto que dicha empresa, además de ser un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones, opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por

⁵ Real Academia Española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LTZA6sV>, <http://dle.rae.es/?id=HANyMNS> y <http://dle.rae.es/?id=HAONjvN>

⁶ Disponible en: <http://www.osiptel.gob.pe/Archivos/ResolucionAltaDireccion/ConsejoDirectivo/Res132-2013-CD.pdf>

⁷ RUBIO CORREO, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial PUCP. P.238.

⁸ REBOLLO PUIG, Manuel y otros. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Lex Nova. 1° Edición. España, 2010. Pág. 328.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Órgano Superior
de Inspección y Fiscalización
de los Recursos Públicos

el Estado. En consecuencia, atendiendo a dichas circunstancias, se espera que la citada empresa adopte suficientes medidas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resultan exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde honrar obedezca a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control. No obstante ello, se debe resaltar que la entrega de información sobre indicadores de consumo constituye una actividad que se encuentra dentro de la esfera de dominio de TELEFÓNICA, que se repite cada trimestre con motivo de la presentación de sus solicitudes de ajuste tarifario, en el marco del régimen regulatorio de tarifas tope que le es aplicable.

Se trata, por tanto, de un procedimiento cotidiano en el que la citada concesionaria debe actuar con el mayor cuidado posible, dado que la información presentada tiene relación directa con el factor de control que el OSIPTEL deberá aprobar y, siendo además que, en anteriores oportunidades ha sido sancionada por la comisión de la misma infracción, tal es el caso de la sanción impuesta a través de la Resolución N°129-2014-GG/OSIPTEL, emitida el 25 de febrero de 2014, respecto del proceso de ajuste tarifario para el periodo marzo a mayo de 2011.

Respecto de la aplicación del criterio utilizado en el Informe N°00584-GFS/2007, debemos señalar que el mismo analizó las diferencias presentadas entre los valores reportados por TELEFÓNICA con ocasión de los ajustes tarifarios del periodo abril-setiembre 2005 y la información de sustento de los indicadores de consumo. Siendo que la diferencia presentada "no era relevante", en los términos dispuestos por la GSF, se dispuso no recomendar el inicio de un PAS, en ese extremo.

Sobre el particular, debe mencionarse que el tipo legal regulado en el artículo 9° del RFIS no exige la ocurrencia de un grado menor o mayor de inexactitud para que se configure la infracción. Por lo tanto, cualquier diferencia que se advierta de la verificación de la información sustentatoria presentada por la empresa operadora, tiene la virtud de calificar como información inexacta. Así, debe considerarse que el nivel de inexactitud de la información y su impacto son elementos que pueden considerarse al momento de graduar la sanción a imponerse y no como causal que exima de responsabilidad al administrado.

En esta misma línea, se debe resaltar que el análisis en cada procedimiento se ajusta a las particularidades del caso, sin que ello involucre una vulneración al Principio de Predictibilidad o de Transparencia. Es de destacarse que, el Informe N° 00584-GFS/2007 evaluó el periodo abril-septiembre de 2005, en el marco del Instructivo vigente en el mencionado periodo⁹; por lo que, siendo que el actual Instructivo de Tarifas se encuentra vigente desde agosto 2006, y el periodo evaluado se encuentra asociado al trimestre junio-agosto 2014, no correspondería la aplicación del mismo razonamiento que utilizó la GSF en el citado informe, dado que se enmarcó en criterios de oportunidad, conveniencia, necesidad y utilidad que concurrieron en el marco del mencionado procedimiento de supervisión.

Finalmente, se debe tener presente que la calidad de la información que las empresas operadoras presentan a OSIPTEL constituye un aspecto que merece la mayor atención por parte de estas, dado que de no ser así, no sólo podría afectar el adecuado ejercicio



⁹ El "Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A." vigente a la fecha es el aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°048-2006-CD/OSIPTEL, el cual derogó a la Resoluciones de Consejo Directivo N°004-2005-CD/OSIPTEL, 055-2005-CD/OSIPTEL y 059-2004-CD/OSIPTEL.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTTEL
GG

FOLIOS

81

de sus funciones, sino también podría causar un impacto en los agentes del mercado, como consecuencia de una decisión adoptada por el regulador. Por esta razón, dada la importancia que tiene la información entregada por las empresas operadoras a OSIPTTEL, su inexactitud, es calificada como grave por el RFIS; por lo que no resulta admisible que se pueda flexibilizar la calidad de la información entregada a OSIPTTEL.

Por tanto, corresponde desestimar los argumentos expuestos por TELEFÓNICA, en este extremo.

2.3. Respecto de la inexistencia de impacto negativo derivado de las diferencias halladas en el Informe de Supervisión.-

TELEFÓNICA sostiene que el OSIPTTEL al calificar infracciones e imponer sanciones, debe observar la debida proporción entre la medida a adoptar y el fin público a tutelar. En tal sentido, considerando que el artículo 9° del RFIS contiene una disposición genérica e insuficiente, el presente caso deberá ser evaluado tomando en cuenta dicha falta de precisión normativa.

Agrega que el ente regulador no ha logrado demostrar que como consecuencia de la entrega de la información inexacta se haya generado un impacto negativo; por lo que dicha conducta debería haber sido susceptible de generar una variación en el proceso de ajuste para estar frente a una conducta sancionable por la Administración.

En esta misma línea, señala que no resultaría suficiente que se haya presentado información inexacta para que se configure una conducta susceptible de ser sancionada administrativamente, dado que a la misma debe sumarse una real contingencia en la prestación adecuada del servicio público, toda vez que el deber de entregar información exacta no es un mandato vacío, sino que tiene una finalidad pública específica: permitirle al regulador tomar decisiones en base a información cierta.

En tal sentido, menciona que para atribuir un supuesto incumplimiento del artículo 9° del RFIS, la conducta debe analizarse de manera integral; siendo que la remisión de información inexacta debe estar relacionada a un potencial defecto en la adecuada prestación del servicio público de telecomunicaciones, toda vez que dicha información se encuentra destinada a una finalidad pública específica.

Finalmente, se sostiene que no se ha demostrado las reales contingencias o los efectos negativos que la presunta entrega de información inexacta habría producido en la prestación del servicio público de telecomunicaciones; por lo que, el inicio de un PAS vulneraría el Principio de Razonabilidad que debe regir toda actuación administrativa.

Sobre el particular, debemos señalar que 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.

Ahora bien, con la finalidad de determinar si en el presente caso la decisión de iniciar un procedimiento sancionador -y no adoptar una medida administrativa de otro tipo- ha cumplido con los preceptos antes detallados, procederemos a analizar cada uno de los





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

requisitos que contempla el TUO de la LPAG a efectos de considerar que un acto administrativo observa el mencionado principio:

A. Requisito 1: Que la decisión de la autoridad administrativa se haya adoptado dentro de los límites de la facultad atribuida.

En atención a lo dispuesto en los artículos 40° y 41° del Reglamento General del OSIPTEL, la Gerencia General ostenta la facultad de imponer sanciones por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Con relación a ello, de acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL (ROF), y sus modificatorias vigentes al momento del inicio del PAS¹⁰, corresponde a la GSF constituirse en órgano de instrucción en los procedimientos sancionadores, cuya competencia sea de la Gerencia General.

En tal sentido, considerando que la GSF es el órgano competente para la instrucción del presente PAS, el mismo ha sido iniciado por un órgano competente para tales efectos.

B. Requisito 2: Que la decisión de la autoridad administrativa mantengan 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.

Ahora bien, luego de haber determinado la legalidad de la medida adoptada por la GSF, es importante determinar si el inicio de un procedimiento sancionador era la medida pertinente que correspondía adoptarse en el presente caso, siendo que cumple con los parámetros del test de razonabilidad, lo que conlleva la observancia de sus tres dimensiones: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.

a. Juicio de idoneidad:

Respecto del juicio de idoneidad o adecuación, corresponde indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, el cual es disuadir o desincentivar la comisión de las infracciones por parte de un administrado. En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que de imponerse la sanción, las empresas operadoras sean más cautelosas y diligentes en lo que concierne al cumplimiento de sus obligaciones legales, contractuales y técnicas.

Ahora bien, el objetivo y finalidad de la intervención del ente regulador está representado por la importancia de cautelar que la información sobre indicadores de consumo que trimestralmente remite TELEFÓNICA, con ocasión de sus solicitudes de ajuste tarifario en el marco del régimen regulatorio de tarifas tope, no presente diferencias y/o inexactitudes respecto de la información que obra en sus archivos y sistemas; más aún si se toma en cuenta que la misma brinda



¹⁰ Cabe precisar que, con fecha 14 de abril de 2017, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N°045-2017-PCM, mediante el cual se modificó el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTTEL
GG

FOLIOS

82

sustento para las reducciones ponderadas de tarifas en un determinado periodo trimestral, en aplicación del factor de productividad.

Si bien, en el presente caso, como resultado de la corrección de los indicadores de consumo no se ha producido en el mismo un perjuicio a los abonados y usuarios del servicio, en tanto ello no ha generado el establecimiento de tarifas superiores a las aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo N°070-2014-CD/OSIPTTEL¹¹; lo cierto es que, la remisión de información errónea por parte de la empresa operadora, que sirve de insumo para el establecimiento de los ajustes trimestrales de tarifas, genera incertidumbre y volatilidad en los indicadores de consumo, afectando su confiabilidad e introduciendo elementos de riesgo en la implementación del mecanismo regulatorio, tal como así lo ha señalado la GPRC, mediante el Memorando N°00009-GPRC/2016¹².

En esta misma línea, debe señalarse que la falta de perjuicio a los abonados o la ausencia de "impactos negativos" como lo alega TELEFÓNICA, no puede ser considerados como criterios que exoneran de responsabilidad a dicha empresa, siendo que de lo contrario, se admitiría que las empresas operadoras puedan presentar información inexacta de forma impune, siempre que dicha información no cause impacto significativo sobre la finalidad que persigue su entrega. En efecto, la magnitud del daño, el perjuicio económico causado, entre otros, son elementos que son valorados al momento de graduar la sanción; por lo que su configuración no sustrae la materia sancionable.

Cabe resaltar que, en la mencionada Resolución N° 132-2013-CD/OSIPTTEL, el Consejo Directivo determinó la existencia de responsabilidad administrativa a pesar de no haberse evidenciado distorsiones ocasionadas por la presentación de información inexacta, no conllevando con ello que el OSIPTTEL archive el PAS.

Por tanto, considerando que en el presente caso se ha advertido y comprobado la existencia de elementos que permiten determinar la comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS, el inicio de un PAS corresponde a una medida idónea y adecuada que permitirá garantizar la debida disuasión de la conducta analizada y el ajuste de la misma por parte de TELEFÓNICA. Por dichas consideraciones, se justifica la adopción de la medida cuestionada, a efectos que de determinarse responsabilidad administrativa, en adelante, la empresa operadora asuma un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones.

b. Juicio de necesidad:

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

Al respecto, debemos señalar que la conducta de TELEFÓNICA no es aislada, sino que es una conducta repetitiva, toda vez que se ha venido presentando en años anteriores, conforme se aprecia a continuación:



¹¹ Disponible en: <http://www.osiptel.gob.pe/Archivos/ResolucionAltaDireccion/ConsejoDirectivo/Res070-2014-CD.pdf>

¹² Que obra en el folio 31 del expediente sancionador.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

Cuadro 2: Expedientes sancionadores por entrega de información inexacta, durante proceso de ajuste trimestral de tarifas tope

Exp.	Período	Infracción ¹³	N° Resolución	Multas Impuestas en UIT
00075-2012-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I para los trimestres de marzo a mayo de 2010, junio a agosto de 2010, setiembre a noviembre de 2010 y diciembre de 2010 a febrero de 2011, así como, respecto de la información correspondiente a la simulación del proceso de facturación bajo el supuesto que no existe cargo por establecimiento de llamada, prevista en la Resolución N° 077-2009-CD/OSIPTEL, presentada con ocasión del ajuste trimestral de tarifas del periodo diciembre 2010 – febrero 2011.	Art. 17 RGIS	417-2013-GG 642-2013-GG 132-2013-CD	60
00036-2013-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo marzo a mayo de 2011		129-2014-GG	51
00091-2013-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo marzo a mayo de 2012.		833-2014-GG	51
00090-2013-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo de diciembre de 2012 a febrero de 2013.		257-2016-GG	120
00095-2013-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo marzo - mayo 2013		365-2016-GG 104-2016-CD	120
00049-2014-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo junio-agosto 2013.		440-2016-GG 123-2016-CD	102

Elaboración: PIA

Con relación a ello, debemos señalar que TELEFÓNICA desarrolló la conducta sancionable remitiendo información inexacta durante los procesos de ajustes tarifarios indicados en el cuadro superior, por lo que es necesario que ante dicho contexto, se aplique una medida que desincentive la comisión de la infracción.

Por tanto, considerando que la finalidad en el presente caso es que TELEFÓNICA despliegue las acciones necesarias a fin de que se disuada la configuración de la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS, asegurando la entrega exacta de información, se justifica la necesidad del inicio del presente PAS.

c. Juicio de Proporcionalidad:

En virtud al juicio de proporcionalidad, se busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar; por lo cual, se considera que este parámetro está vinculado con el juicio de necesidad.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que efectivamente se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que se busca cautelar el bien



¹³ Cabe precisar que, conforme al Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), derogado por el RFIS, el tipo administrativo de entrega de información inexacta, se encontraba regulado por el artículo 17° de dicho cuerpo normativo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTEL
GG

FOLIOS

83

jurídico tutelado, constituido en este caso por la confiabilidad de la información proporcionada por las empresas operadoras al OSIPTEL para el ejercicio adecuado de la función reguladora.

De acuerdo con lo antes expuesto, la medida dispuesta por la GSF, consistente en iniciar el presente PAS, resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar, a fin que la empresa operadora no vuelva a incurrir en la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS y garantice la entrega de información exacta al OSIPTEL. 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.

De lo anteriormente señalado, se aprecia que el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan que el inicio del mismo, se ajusta a una medida idónea, necesaria y proporcional. Por tanto, corresponde desestimar los argumentos expuestos por TELEFÓNICA, en este extremo.

2.4. Respeto de la adecuación del Informe Final de Instrucción a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N°1272.-

Mediante carta N°TP-0414-AG-GGR-17, recibida el 3 de febrero de 2017, TELEFÓNICA solicitó la adecuación del Informe Final de Instrucción a los criterios señalados en el Decreto Legislativo N°1272, que modificó la LPAG, con la finalidad de que exista un análisis válido, integral y fundamentado en derecho de manera previa a la emisión de una resolución final de sanción, siendo que con ello se garantiza que exista una real diferencia entre quien conducen la fase instructora y quienes deciden la aplicación de la sanción.

Al respecto, debemos señalar que conforme a lo establecido por el artículo 27° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), toda sanción administrativa deberá ser impuesta previo PAS, en el que las etapas de instrucción y de imposición de la sanción deberán recaer sobre órganos distintos.

Así, en el marco del procedimiento sancionador, corresponde a la GSF emitir un informe en el que se determine las conductas que se consideran probadas y constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda. Dicho informe es remitido a la Gerencia General con la finalidad de poner en su conocimiento las conclusiones y recomendaciones arribadas por la GSF, respecto de la infracción imputada a la empresa operadora; siendo en paralelo notificado a la empresa operadora.

Sobre el particular, debemos señalar que el Informe N°00417-GFS/2016 fue emitido el 30 de mayo de 2016, es decir, siete (7) meses antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N°1272, por lo que ha sido válidamente emitido, dado que se ajusta al ordenamiento jurídico vigente a dicha fecha. Asimismo, el informe se encuentra debidamente motivado, de acuerdo con el análisis de hecho y derecho realizado, respecto de los hallazgos advertidos por la GSF.

En este orden de ideas, debemos mencionar que el artículo 180° del TUO de la LPAG establece que los informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo las





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
telecomunicaciones

excepciones establecidas por ley. Al respecto, MORÓN¹⁴ señala que la autoridad administrativa no se encuentra obligada a adoptar las conclusiones y recomendaciones contenidas en un informe que solicitó, siempre que no haya sido declarado su carácter vinculante por ley. En consecuencia, el informe del órgano instructor sirve de orientación pero no impone una decisión a ser adoptada, por lo que la primera instancia mantiene discrecionalidad para, bajo su responsabilidad, seguir o apartarse de los criterios desarrollados en dicho documento, cautelando el cumplimiento del principio de Legalidad –entre otros- al momento de emitir la decisión del caso.

En ese sentido, no se justifica la necesidad de que la GSF adecúe el Informe de Final de Instrucción conforme a las disposiciones del Decreto Legislativo N°1272, más aún si se considera que la Gerencia General analiza y resolver el PAS, conforme al ordenamiento jurídico aplicable al caso en particular, siendo que en dicho marco, podría realizar una valoración diferente a la sostenida por el órgano de instrucción respecto de los elementos que demuestren la existencia o no, en el presente caso, de responsabilidad administrativa de la empresa operadora.

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.-

3.1. Respecto de los 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 las sanciones a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se debe tomar en cuenta los criterios establecidos por el Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impone sanciones a los administrados, deben adoptarse 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 cometido¹⁵.

Con relación a este principio, el artículo 246° del TUO de la LPAG establece que 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; y que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios de graduación:

- Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:

Este criterio de graduación se encuentra también referido en el numeral f) del artículo 30° de la LDFF (beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción).



¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima, 2009. P. 498.

¹⁵ TUO de la LPAG:

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califican 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."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Al respecto, debe indicarse que dicho elemento se encuentra representado por los costos evitados por la empresa operadora, es decir, aquellos costos involucrados en todas aquellas actividades o medidas que debió desplegar TELEFÓNICA, dirigidas a cumplir con remitir información exacta al OSIPTEL. Se considera que los errores en el procesamiento de información pudieron evitarse con la implementación de un sistema o procedimiento adecuado.

- **Probabilidad de detección de la infracción:**

Se entenderá por probabilidad de detección a la probabilidad de que el infractor sea descubierto, asumiéndose que la comisión de una infracción determinada sea detectada por la autoridad administrativa. En un caso óptimo, la probabilidad de detección debería calcularse como la cantidad de veces que la autoridad administrativa consigue descubrir al infractor entre el total de infracciones cometidas. Sin embargo, ante la imposibilidad de tener conocimiento del total de infracciones incurridas se tiene que recurrir a formas alternativas para estimar dicha probabilidad.

En atención a ello y tomando en cuenta la naturaleza de la infracción de entrega de información inexacta, debemos resaltar que los mecanismos utilizados por el OSIPTEL para detectar la comisión de la misma, están constituidos por supervisiones debidamente planificadas y realizadas periódicamente a los indicadores de consumo sobre los cuales se sustenta las solicitudes de ajustes tarifarios formulados por TELEFÓNICA. Dichos mecanismos permiten darle notoriedad a la comisión de la infracción, dado que se obtiene información de primera fuente sobre la exactitud o inexactitud de la información reportada por la empresa operadora.

En específico, la GSF realiza supervisiones en las que se solicita acceso a la información remitida por la empresa, con carácter confidencial; formula solicitudes a la empresa operadora a fin de que remita la información de sustento de los indicadores de consumo; accede a la información fuente de los mismos; analiza, cruza y compara la información recabada y procesada a efectos de contrastarla con la remitida por la empresa al OSIPTEL, con ocasión de su solicitud de ajuste tarifario. Asimismo, en este caso en particular, la GSF¹⁶ ha efectuado las siguientes actividades, con la finalidad de cumplir con el objetivo de la supervisión:

- Validación de la consistencia de los CDRs proporcionados como información de sustento, los cuales fueron utilizados por TELEFÓNICA para el cálculo de los indicadores de consumo.
- Tomando como base las reglas establecidas en las secciones II.9.2 "Unidades de Consumo consideradas en la Canasta D" y II.9.3 "Unidades de Consumo considerados en la canasta E" del Instructivo de Tarifas, procesó los CDRs proporcionados por TELEFÓNICA. Los resultados obtenidos fueron comparados con la información presentada con ocasión de la respectiva solicitud de ajuste tarifario.
- Los indicadores que presentaron diferencias fueron analizados con la finalidad de determinar la causa o causas que produjeron las mismas. Para ello, la GSF replicó los procesos implementados por TELEFÓNICA, identificándose los registros de llamadas que la empresa operadora incluyó y excluyó en el cálculo de cada uno de los indicadores presentados para el ajuste tarifario. Esto permitió determinar con exactitud, el origen de las diferencias encontradas.



¹⁶ Conforme a lo señalado en el Informe de Supervisión.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

- Se validó la consistencia de la planta de abonados, así como, el proceso de consolidación de líneas de abonados.

Todo ello, permitió determinar la existencia de diferencias entre la información reportada al OSIPTEL y la información que sirvió de base para la generación de los indicadores de consumo de la empresa operadora. Por ende, como consecuencia de la ejecución de las acciones de supervisión antes mencionadas, se observó, verificó y advirtió que la información presentada por TELEFÓNICA, con ocasión de la solicitud de ajuste trimestral de tarifas del periodo junio-agosto de 2014, era inexacta. Considerando lo antes expuesto, se ha determinado una probabilidad de detección alta.

- **La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:**

Este criterio de gradación hace referencia al criterio naturaleza y gravedad de la infracción referida en la LDFF.

Al respecto, el artículo 9° del RFIS establece como infracción grave la presentación de información inexacta al OSIPTEL. En el presente caso, debe considerarse el hecho que la información inexacta fue proporcionada en el ámbito de la determinación de los ajustes tarifarios correspondientes al trimestre de junio-agosto de 2014, pese a que el instructivo de tarifas contiene las reglas y procedimientos claros y precisos que deben ser considerados por la empresa concesionaria para la presentación de sus propuestas de ajuste trimestral.

Es preciso señalar que, al ser TELEFÓNICA la empresa incumbente en los servicios de telefonía fija, se ha establecido el mecanismo de simular competencia a través de la implementación del Factor de Productividad que permite la reducción de precios al usuario final, en función de la eficiencia de la empresa respecto a los servicios de categoría I.

En atención a ello, TELEFÓNICA cada trimestre, con motivo de la presentación de sus solicitudes de ajuste tarifario, en el marco del régimen regulatorio de tarifas tope que le es aplicable, entrega información sobre indicadores de consumo. Así se advierte que se trata de un procedimiento que la empresa operadora realiza periódicamente, y en el cual le corresponde actuar con el mayor cuidado posible.

En consecuencia, de conformidad con la escala de multas establecida en la LDFF, para este caso en particular, corresponde la aplicación de una multa de entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT.

- **Perjuicio económico causado:**

Este criterio hace referencia al daño de tipo pecuniario que pudiesen sufrir los administrados frente a comportamientos antijurídicos por parte de las empresas concesionarias.

Al respecto, conforme a lo señalado por la GPRC a través del Memorando N°00009-GPRC/2016¹⁷, como resultado de la corrección de los indicadores de consumo, se obtiene que la información inexacta remitida por la empresa no ha generado perjuicio a los abonados y usuarios del servicio, en tanto no se advierte que la misma haya implicado el establecimiento de tarifas superiores a las aprobadas mediante Resolución



¹⁷ Que obra en el folio 31 del expediente sancionador.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTTEL
GG

FOLIOS

85

N°070-2014-CD/OSIPTTEL; manteniéndose el cumplimiento de las reducciones exigidas por el mecanismo regulatorio.

Sin perjuicio de lo anterior, la remisión de información errónea por parte de la empresa operadora, que sirve de insumo para el establecimiento de los ajustes trimestrales de tarifas, genera incertidumbre y volatilidad en los indicadores de consumo, afectando su confiabilidad e introduciendo elementos de riesgo en la implementación del mecanismo regulatorio.

- Reincidencia en la comisión de la infracción:

En el presente caso no se ha configurado reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG.

- Circunstancias de la comisión de la infracción:

Al respecto, debemos señalar que se verificó que TELEFÓNICA remitió información inexacta al OSIPTTEL durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas de los servicios de categoría I, para el periodo trimestral de junio-agosto 2014. En ese sentido, en el presente PAS, el OSIPTTEL ha acreditado los hechos imputados a través de los resultados obtenidos como consecuencia de las acciones de supervisión efectuadas por la GFS, los cuales se exponen detalladamente en el Informe de Supervisión que obran en el expediente. En específico, se advirtieron las siguientes inexactitudes:

- Información inexacta del tráfico local de la Tarjeta Hola Perú de febrero de 2014; por excluir tráfico local a destinos fijos y por incluir tráfico a destinos móviles: Diferencia en un -0.39%
- Información inexacta del tráfico de larga distancia nacional de acceso automático de marzo de 2014; por excluir tráfico local terminado en teléfonos fijos de Telefónica Móviles S.A.: Diferencia en un -0.89% (horario normal) y -0.77% (horario reducido).

Sin embargo, TELEFÓNICA no ha cuestionado la comisión de la infracción imputada, ni ha presentado medios probatorios que acrediten que el incumplimiento de la obligación analizada fue ocasionado por un caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero y que actuó con la debida diligencia, siendo que se ha limitado a indicar que la misma se generó como consecuencia de errores, no acreditando además que los mismos no se encontraron bajo su dominio o control.

Es importante resaltar que, tal como se ha mencionado con anterioridad, la conducta de TELEFÓNICA no es aislada, sino que es una conducta repetitiva, toda vez que se ha venido presentando en años anteriores, conforme a lo siguiente:





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

Cuadro 3: Expedientes sancionadores por entrega de información inexacta, durante proceso de ajuste trimestral de tarifas tope

Exp.	Periodo	Infracción ¹⁸	Nº Resolución	Multas impuestas en UIT
00075-2012-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I para los trimestres de marzo a mayo de 2010, junio a agosto de 2010, setiembre a noviembre de 2010 y diciembre de 2010 a febrero de 2011, así como, respecto de la información correspondiente a la simulación del proceso de facturación bajo el supuesto que no existe cargo por establecimiento de llamada, prevista en la Resolución N° 077-2009-CD/OSIPTEL, presentada con ocasión del ajuste trimestral de tarifas del periodo diciembre 2010 – febrero 2011.	Art. 17 RGIS	417-2013-GG 642-2013-GG 132-2013-CD	60
00036-2013-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo marzo a mayo de 2011	Art. 17 RGIS	129-2014-GG	51
00091-2013-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo marzo a mayo de 2012.	Art. 17 RGIS	833-2014-GG	51
00090-2013-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo de diciembre de 2012 a febrero de 2013.	Art. 17 RGIS	257-2016-GG	120
00095-2013-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo marzo - mayo 2013	Art. 17 RGIS	365-2016-GG 104-2016-CD	120
00049-2014-GG-GFS/PAS	Ajuste tarifario de los servicios de Categoría I, para el periodo junio- agosto 2013.	Art. 17 RGIS	440-2016-GG 123-2016-CD	102

Elaboración: PIA

- Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor:

Al respecto, no es posible inferir que existió intencionalidad en la comisión de la infracción por parte de la empresa operadora. Por el contrario, en el presente caso se ha evidenciado la falta de diligencia de la misma en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, dado que de otro modo, hubiera desplegado una conducta que permitiera remitir información exacta al ente regulador durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I, para el trimestre junio-agosto de 2014.

3.2. Respecto de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 255° del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RFIS.-

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 255° del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

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

Así las cosas, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18° del RFIS, 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



¹⁸ Cabe precisar que, conforme al Reglamento General de Infracciones y Sanciones, derogado por el RFIS, el tipo administrativo de entrega de información inexacta, se encontraba regulado por el artículo 17° de dicho cuerpo normativo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTEL
GG

FOLIOS
86

actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora. Dichos factores -según el mencionado artículo- se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en la LPAG.

Ahora bien, de lo actuado en el expediente, no se ha configurado el reconocimiento expreso y por escrito de la responsabilidad en los términos exigidos por el TUO de la LPAG.

Respecto del cese de los actos y omisiones que constituyen infracción administrativa, debemos señalar que, de lo verificado en el presente PAS, se advierte que TELEFÓNICA no ha vuelto a remitir -a la fecha- los indicadores de consumo relacionados con el tráfico local de la tarjeta Hola Perú de febrero de 2014 y el tráfico de larga distancia nacional de acceso automático de marzo de 2014 de forma exacta, siendo que sólo ha presentado la información de sustento de los mismos, de lo cual se logró verificar la inexactitud de la mencionada información¹⁹. Por tanto, en el presente caso, no se ha configurado el cese de la conducta infractora.

Con relación a la reversión de los efectos derivados de los actos y omisiones que constituyen infracción administrativa debemos señalar que no se advierte medios probatorio que sustente tal situación, debiendo precisarse que la información inexacta presentada ha sido empleada durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas de los servicios de Categoría I para el período de junio-agosto de 2014; por lo que, no se pueden revertir los efectos de la comisión del ilícito administrativo del caso de auto.

Respecto de la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora, debe indicarse que mediante carta N° TP-AR-GGR-1910-15, recibida el 22 de julio de 2015, TELEFÓNICA detalló las acciones desarrolladas a efectos de corregir las inexactitudes advertidas, adjuntando printers de pantalla en el que se acreditaría las implementaciones realizadas para tales efectos, conforme a lo siguiente:

- Con relación a la Canasta D - tráfico local de la tarjeta Hola Perú de febrero 2014, la empresa operadora sostiene que ha corregido el error de fuente por el que se generó la inclusión de llamadas a móviles y exclusión de llamadas a fijos.
- Con relación a la Canasta E – Larga distancia nacional de acceso automático de marzo 2014, a efectos de incluir el tráfico de teléfonos inalámbricos de Telefónica Móviles, la empresa operadora sostiene que se ha procedido a agregar la marca "I" en su programa e incluirlo en su reporte final.

Si bien, los documentos presentados por la empresa operadora acreditan la adopción de medidas que asegurarían la no repetición, se espera que las medidas antes mencionadas, en efecto, permitan que las inexactitudes advertidas durante el proceso de supervisión, no vuelvan a presentarse en los próximos procesos de ajuste tarifarios.

Es importante precisar que dada la relevancia de la información correspondiente a los indicadores de consumo, se espera además que la empresa operadora sea lo suficientemente diligente para entregar información exacta, siendo que la remisión de información errónea por parte de la empresa operadora que sirve de insumo para el establecimiento de los ajustes trimestrales de tarifas, genera incertidumbre y volatilidad

¹⁹ Carta N°DR-107-C-1059/FA-14, recibida el 20 de agosto de 2014, que obra en folio 005 del expediente de supervisión.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

en los indicadores de consumo, afectando su confiabilidad e introduciendo elementos de riesgo en la implementación del mecanismo regulatorio. Atendiendo a ello, corresponde reducir la multa en un 5% en aplicación del mencionado criterio atenuante.

3.3. Respetto de la capacidad económica del infractor.-

El artículo 25° de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, la sanción a imponerse por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por TELEFÓNICA en el año 2013, considerando que las acciones de supervisión materia de sanción, se iniciaron en el año 2014.

Por tanto, considerando 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, beneficio ilícito y probabilidad de detección-, en el presente caso corresponde aplicar una multa de setenta y dos (72) UIT. Sin embargo, habiéndose evaluado los factores atenuantes de responsabilidad establecidos en el TUO de la LPAG y en el RFIS corresponde reducir el monto antes señalado en un cinco por ciento (5%), por lo que deberá sancionarse a TELEFÓNICA con una (1) multa de sesenta y ocho y cuatro décimas (68.4) de UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del RFIS.

De conformidad con la función fiscalizadora y sancionadora reconocida en el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado con Decreto Supremo N° 008-2001-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- DENEGAR la solicitud de acumulación presentada por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. mediante carta N° TP-1040-AR-GGR-17, conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., con sesenta y ocho y cuatro décimas (68.4) de UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°087-2013-CD/OSIPTEL, por cuanto habría entregado información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I, para el trimestre junio-agosto 2014; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°.- 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 de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., conjuntamente con las Resoluciones N°132-2013-CD/OSIPTEL y 129-2014-GG/OSIPTEL y, el Memorando N° 00009-GPRC/2016²⁰.



²⁰ De conformidad con el artículo 6° del TUO de la LPAG, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo
(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTEL
GG

FOLIOS
87

Artículo 5°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por: CIFUENTES
CASTAÑEDA Sergio Enrique
(FAU20216072155)

SERGIO ENRIQUE. CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL (E)



6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.
(...)

