

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 141-2017-CD/OSIPTEL**

Lima, 17 de noviembre de 2017

EXPEDIENTE N°	:	00007-2008-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 350-2009-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 de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL, que resuelve declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le sancionó con: (i) una amonestación por la comisión de infracción grave tipificada en el artículo 17° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante, RGIS), aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, al haber entregado información inexacta, y (ii) una multa de ciento cincuenta y uno (151) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), por el concurso de las infracciones previstas en los artículos 17° y 21° del RGIS, al haber obstaculizado la realización de acciones de supervisión por parte del OSIPTEL.
- (ii) El Informe N° 266-GAL/2017 del 8 de noviembre de 2017, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y;
- (iii) Los Expedientes N° 00007-2008-GG-GFS/PAS y 00139-2004-GG-GFS/12-02.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Carta C.70-GFS/2008, notificada el 29 de enero de 2008, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (hoy Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en adelante, GSF) comunicó a TELEFÓNICA el inicio del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 17° y 21° del RGIS, al haber entregado información inexacta en el ámbito de una supervisión y obstaculizarla.
2. El 4 de marzo de 2008, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
3. Mediante Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL del 31 de julio de 2009, notificada el 5 de agosto de 2009, se resolvió:

"Artículo 1°.- AMONESTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 17° del RGIS; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con CIENTO CINCUENTA Y UNO (151) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS, por el concurso de infracciones previstas en los artículos 17° y 21° del RGIS, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°.- ARCHIVAR el presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo



referido al incumplimiento de los artículos 17° y 21° del RGIS, por el supuesto cambio de las declaraciones de la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con relación a la fuente de información del tráfico de la tarjeta 147; así como en el extremo referido al incumplimiento del artículo 21° del RGIS, al haber proporcionado información inexacta sobre los horarios del tráfico LDN y LDI de la tarjeta Hola Perú y sobre el tráfico local correspondiente al mes de diciembre de 2007; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”

4. El 26 de agosto de 2009, TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL, el cual fue declarado infundado a través de Resolución de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL, de fecha 7 de octubre de 2009, notificada el 14 de octubre de 2009.
5. El 4 de noviembre de 2009, la empresa TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 350-2009-GG/OSIPTEL.
6. Mediante Resolución N° 096-2009-PD/OSIPTEL, notificada el 23 de diciembre de 2009, el Presidente del Consejo Directivo resolvió lo siguiente:

“Artículo 1°.- Declarar PARCIALMENTE FUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. el 4 de noviembre de 2009, contra la Resolución de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL del 7 de octubre de 2009, en consecuencia:

- a) CONFÍRMESE la amonestación impuesta por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 17° del RGIS, por la presentación de información inexacta sobre los horarios del tráfico LDN y LDI de la tarjeta Hola Perú y el tráfico local correspondiente al mes de diciembre de 2003, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.
 - b) CONFÍRMESE la multa impuesta, equivalente a CIENTO CINCUENTA Y UNO (151) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS (UIT), por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 21° del RGIS, por la obstaculización del desarrollo del procedimiento de supervisión con relación a la obtención de la información de tráfico de la Tarjeta 147, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.
 - c) REVÓQUESE el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL del 31 de julio de 2009, en la parte que corresponde a la infracción tipificada en el artículo 17° del RGIS, con relación a la obtención de la información de tráfico de la Tarjeta 147, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.”
7. Mediante Resolución Número Catorce de fecha 25 de julio de 2017, notificada el 28 de setiembre de 2017, el 4° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima dispuso requerir al OSIPTEL para que dé cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia del 6 de abril de 2015; que declaró fundada en parte la demanda judicial interpuesta por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 096-2009-PD/OSIPTEL, declarando nulo el citado acto administrativo.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

Por tanto, de conformidad con el artículo 57° del RGIS y los artículos 216° y 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444¹ (en adelante, TUO LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos de TELEFÓNICA son los siguientes:

¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.



3.1 Sobre la amonestación por la infracción tipificada en el artículo 17° del RGIS

- La facultad del OSIPTEL para imponer la sanción se encuentra prescrita.
- La conducta objeto de amonestación obedece a un error material e inevitable en la digitación, que se encuentra dentro de los límites permitidos.

3.2 Sobre la multa por las infracciones tipificadas en los artículos 17° y 21° del RGIS

- No se ha valorado el hecho de que la “disponibilidad” de la información obtenida de su sistema de producción en línea, no implica que aquella sea “consistente”.
- La GFS solicitó información que excedía los límites de la supervisión.
- Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad.
- La Resolución de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL adolece de una debida motivación.

IV. ANÁLISIS

Con relación a los argumentos de TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:

4.1 Aplicación del principio de irretroactividad con motivo de la vigencia del RFIS

Constituye objeto de evaluación en el presente PAS, la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 17° y 21° del RGIS por parte de TELEFÓNICA. Por lo que, en virtud del principio de irretroactividad, es pertinente analizar si las disposiciones del RFIS resultan ser más favorables a TELEFÓNICA a fin de establecer su aplicación al resolver el Recurso de Apelación. Sobre el particular, el RGIS y RFIS señalan lo siguiente:

RGIS	RFIS	Evaluación
<i>“Artículo 17.- La empresa que haga entrega de información inexacta a OSIPTEL, incurrirá en infracción grave, sin perjuicio de la obligación de la empresa de presentar la información en los términos establecidos.”</i>	<i>“Artículo 9.- Entrega de información inexacta La Empresa Operadora que haga entrega de información inexacta incurrirá en infracción grave.”</i>	• La conducta infractora es la misma (entrega de información inexacta). • La calificación de la infracción es la misma (grave).
<i>“Artículo 21.- La empresa que se niegue, resista, obstruya, impida u obstaculice la realización y/o desarrollo de auditorias o inspecciones administrativas o verificaciones de los equipos y aparatos instalados para la prestación del servicio dispuestas en forma obligatoria por OSIPTEL, y en general, de acciones de supervisión dispuestas por OSIPTEL, incurrirá en infracción muy grave.”</i>	<i>“Artículo 12.- Obstaculización de la acción de supervisión La Empresa Operadora que, por cualquier medio, demore, obstaculice y/o impida, ya sea la realización como el desarrollo de una acción de supervisión, así como, ejecute cualquier otra conducta activa u omisiva que afecte su objetivo, incurrirá en infracción muy grave.”</i>	• La conducta infractora es la misma (obstaculizar la acción de supervisión). • La calificación de la infracción es la misma (muy grave).

Del cuadro anterior, se colige que siguen siendo aplicables los artículos 17° y 21° del RGIS, puesto que lo normado en los artículos 9° y 12° del RFIS no es más favorable para la empresa recurrente.

4.2 Sobre la prescripción de la facultad para sancionar y la naturaleza del error en el envío de la información

De acuerdo con lo expuesto por TELEFÓNICA, es errado que en la resolución recurrida se establezca que el cómputo del plazo de prescripción de la infracción no

inicie desde la fecha que la información se presentó al OSIPTEL, sino desde el momento en que la recurrente remitió una comunicación a la GSF dando cuenta del error; fecha en la que pudo conocerse la inexactitud de la información.

De otro lado, TELEFÓNICA sostiene que la infracción observada está vinculada a un error de digitación que califica como invencible, toda vez que no es posible garantizar que en el proceso de recopilación y extracción de información no se cometan errores.

Al respecto, es de señalar que la GSF tomó conocimiento de la inexactitud de la información en virtud del reconocimiento y subsanación de la propia TELEFÓNICA, a través de las comunicaciones DR-067-C-069/FA-07 y DR-067-C-070/FA-07, recibidas por el OSIPTEL el 16 de enero de 2007. Además, no se aprecia que dicha subsanación haya obedecido a algún requerimiento expreso del OSIPTEL.

Aunado a ello, se observa que la entrega de la información inexacta no generó efecto alguno que revertir, en tanto no conllevó a que se produzcan diferencias en las reducciones de las tarifas; con ocasión de los ajustes tarifarios de los servicios de Categoría I prestados por TELEFÓNICA.

Por tanto, considerando que el cese de la conducta infractora se produjo de manera voluntaria antes del inicio del PAS; se concluye que, respecto a este extremo, se cumplen los requisitos para aplicar el eximente de responsabilidad establecido en el numeral iv) del artículo 5° del RFIS y el literal f) del numeral 1) del artículo 255° del TUO LPAG. En consecuencia, corresponde revocar la sanción de amonestación; por lo que carece de objeto analizar los argumentos propuestos por TELEFÓNICA.

4.3 Sobre el concurso de infracciones y la imposición de la multa de 151 UIT

De la evaluación del expediente del PAS, se aprecia que las infracciones imputadas a TELEFÓNICA por la comisión de los hechos tipificados en los artículos 17° y 21° del RGIS, se derivan de las gestiones realizadas por la GSF para la obtención de la información de tráfico de la Tarjeta 147, correspondiente al año 2002.

Así, en lo que corresponde a la infracción tipificada en el artículo 17° del RGIS, éste Colegiado considera que no cabe catalogarse como información inexacta el hecho que TELEFÓNICA no haya informado desde el inicio de la supervisión la existencia de un mecanismo alternativo para extraer la información sobre el tráfico de la Tarjeta 147, al no haber mediado ningún requerimiento expreso de la GSF.

Sin embargo, ello no sucede con la infracción tipificada en el artículo 21° del RGIS, por cuanto sí existen elementos suficientes que demuestran que TELEFÓNICA obstaculizó el desarrollo de las acciones de supervisión desarrolladas por la GSF, al no haber informado de la existencia de un mecanismo alternativo y expeditivo para extraer –de la base de datos en línea- la información sobre tráfico de la Tarjeta 147.

Por lo tanto, no existe concurso de infracciones, aunque subsiste la responsabilidad de TELEFÓNICA por la infracción tipificada en el artículo 21° del RGIS.

4.4 Sobre las características de la información a remitirse al OSIPTEL

TELEFÓNICA señala que no se ha diferenciado entre información “auditable” o “consistente” e información “disponible”. Acorde con lo señalado por la impugnante, la “disponibilidad” de la información de la base de datos en línea, no implicaba que la misma sea consistente y que no requiera de labores de extracción y recuperación que permitan garantizar su “auditabilidad”.



Al respecto, lo sancionable es el hecho de no haber informado oportunamente sobre la existencia de un mecanismo alternativo para obtener la información requerida por la GSF, para dar cumplimiento a los fines de la supervisión; lo cual fue de conocimiento del OSIPTEL por la propia declaración de los funcionarios de TELEFÓNICA, según se aprecia en el Acta de Supervisión del 13 de julio de 2005.

Así, el comportamiento de TELEFÓNICA ocasionó un significativo retraso en las labores de la GSF –más de un año-, por cuanto la supervisión se extendió por causa atribuible a la recurrente; por lo que se ha configurado el supuesto de obstaculización al procedimiento de supervisión, tipificado en el artículo 21° del RGIS. Asimismo, de haber entendido TELEFÓNICA que la información de la base de datos en línea era deficiente o poco confiable, pudo haber dejado constancia de ello en el acta respectiva.

Sin embargo, corresponde analizar si, en el presente caso, se produjo el eximente de responsabilidad previsto en el numeral iv) del artículo 5° del RFIS. Respecto del cese de la conducta, puede sostenerse que la obstaculización ejercida por TELEFÓNICA culminó en julio de 2005, antes del inicio del PAS, cuando los propios trabajadores de la empresa pusieron en conocimiento de los funcionarios de la GSF la existencia de la base de datos en línea.

No obstante, si bien no obró requerimiento expreso del OSIPTEL para la subsanación de la conducta, ésta sí produjo efectos adversos imposibles de revertir, consistente en el retraso significativo en las labores de supervisión que se estaban desarrollando; por lo que no se cumplen los requisitos para aplicar el eximente de responsabilidad.

4.5 Sobre la información que habría excedido los límites de la supervisión

TELEFÓNICA alega que durante la supervisión se requirió información que excedía los límites de la supervisión, en vista que se auditó respecto al tráfico de la Tarjeta 147 de los meses de setiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2002, cuando la información de los meses de setiembre y octubre de 2002 no era exigible.

Sobre ello, es de señalar que el requerimiento de información efectuado por la GSF fue realizado a efectos de conocer el período más antiguo de información de tráfico con la que contaba. Sin embargo, la información obtenida por los períodos anteriores al 28 de octubre de 2002, no fue considerada para el análisis que se realizó para cumplir con el objeto de la supervisión.

4.6 Sobre la supuesta vulneración al principio de tipicidad

TELEFÓNICA señala que se ha transgredido el principio de tipicidad, dado que la supuesta información inexacta sobre la obtención del tráfico de la Tarjeta 147, no se condice con el tipo infractor del artículo 17° del RGIS. Sobre este punto, habiendo establecido que los hechos descritos no constituyen un supuesto de información inexacta, carece de objeto pronunciarse sobre el presente argumento.

4.7 Sobre la falta de motivación de la Resolución N° 350-2009-GG/OSIPTEL

Menciona TELEFÓNICA, que la resolución que impuso la sanción no brinda los fundamentos de hecho y de derecho que determinarían la existencia indudable de un perjuicio en los abonados. Por ende, concluye que dicha decisión es nula.

Al respecto, de haber conocido el OSIPTEL que era posible obtener la información sobre tráfico de la Tarjeta 147 desde la base de datos en línea GT147, los



funcionarios de la GSF habrían culminado el procedimiento de supervisión en menos tiempo, pudiendo haberse abocado a verificar el cumplimiento de otras obligaciones normativas, contractuales y técnicas de las empresas operadoras, en interés y bienestar de los usuarios.

En consecuencia, las Resoluciones de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL y N° 264-2009-GG/OSIPTEL no adolecen de vicio de nulidad.

4.8 Sobre la aplicación de factores atenuantes de responsabilidad

Al respecto, en aplicación del principio de irretroactividad, corresponde la evaluación de la aplicación de los factores atenuantes recogidos en el TUO LPAG.

- a) TELEFÓNICA fue notificada el 28 de setiembre de 2017 con la Resolución Número Catorce del 4° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima; sin embargo, aún no ha reconocido su responsabilidad.
- b) Conforme a lo establecido en el numeral 4.4 de la presente resolución, TELEFÓNICA cesó la conducta infractora.
- c) Los efectos de la conducta de TELEFÓNICA son irreversibles.
- d) A la fecha, TELEFÓNICA no ha aportado pruebas que demuestren que adoptó medidas para evitar incumplir el vigente artículo 12° del RFIS (antes 21° del RGIS).

Por lo expuesto, la multa impuesta a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 21° del RGIS, debe reducirse en quince por ciento (15%); fijándose finalmente en ciento veintiocho (128) UIT.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones del Informe N° 266-GAL/2017 del 8 de noviembre de 2017, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual –conforme al numeral 6.2 del artículo 6° del TUO de la LPAG– constituye parte integrante de la presente Resolución y, por tanto, de su motivación.

Finalmente, al ratificar este Colegiado que corresponde sancionar a TELEFONICA por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 21° del RGIS, la presente resolución debe publicarse en el Diario Oficial Peruano, de conformidad con el artículo 33° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336.

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° 654;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia:

- I. ARCHIVAR la amonestación impuesta por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 17° del RGIS, por la presentación de información inexacta sobre los horarios del tráfico LDN y LDI de la tarjeta Hola Perú y el tráfico local correspondiente al mes de diciembre de 2003; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.



- II. MODIFICAR la multa impuesta por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 21° del RGIS, por la obstaculización del desarrollo del procedimiento de supervisión con relación a la obtención de la información de tráfico de la Tarjeta 147, de ciento cincuenta y uno (151) UIT a ciento veintiocho (128) UIT; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.
- III. REVOCAR el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTTEL, en el extremo correspondiente a la infracción grave tipificada en el artículo 17° del RGIS, por la inexistencia de concurso de infracciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTTEL y la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTTEL.

Artículo 3.- DÉJESE SIN EFECTO el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTTEL, que resolvió declarar procedente la suspensión de los efectos de la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTTEL.

Artículo 4°.- La presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo la interposición de recurso alguno en esta vía.

Artículo 5°.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

- (i) La notificación de la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., conjuntamente con el Informe N° 266-GAL/2017;
- (ii) La publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano;
- (iii) La publicación de la presente Resolución, las Resoluciones N° 350-2009-GG/OSIPTTEL y N° 264-2009-GG/OSIPTTEL, así como el Informe N° 266-GAL/2017, en el portal web institucional del OSIPTTEL: www.osiptel.gob.pe; y,
- (iv) Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines respectivos.



Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

