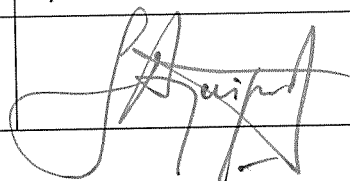


INFORME
N° 266-GAL/2017
Página 1 de 21

A	:	MANUEL CIPRIANO PIRGO Presidente del Consejo Directivo (e)
ASUNTO	:	Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 350-2009-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00007-2008-GG-GFS-PAS Expediente N° 00139-2004-GG-GFS/12-02 Informe N° 056-PP/2017
FECHA	:	Lima, 8 de noviembre de 2017

OSIPTEL
RESIDENCIA
10/11/2017
RECIBIDO

	CARGO	NOMBRE	FIRMA
ELABORADO POR	Asesor de la Gerencia de Asesoría Legal (e)	Gustavo O. Cámara López	
REVISADO Y APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	Luis Alberto Arequipeno Támara	

Derivado a:	SCD		
CC:	Reg. Saad		
Atención		Informe	
Conocimiento		Comentarios	
Preparar resp. esta		Ayuda Memoria	
Aprobado		Archiv.	
Revisar		AGENCIAC.D.	
Nota:			
Fecha:	10/11/17		
	Presidente OSIPTEL		

I. RESUMEN:

1. En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación presentado por 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.

2. Recomendación:

Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA, contra la Resolución N° 264-2009-GG/OSIPTEL; y en consecuencia:

- (i) ARCHIVAR la amonestación por la presentación de información inexacta.
- (ii) MODIFICAR la multa impuesta de 151 UIT a 128 UIT.
- (iii) REVOCAR el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL, en el extremo que corresponde a la infracción grave tipificada en el artículo 17° del RGIS, ante la inexistencia de concurso de infracciones.

Asimismo, DESESTIMAR la solicitud de nulidad de las Resoluciones de Gerencia General Nos. 350-2009-GG/OSIPTEL y 264-2009-GG/OSIPTEL.

Consecuentemente, DEJAR SIN EFECTO el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL, que resolvió declarar procedente la suspensión de los efectos de la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL.

II. ANTECEDENTES:

1. Mediante Carta C.283-GG.GFS/2004¹, notificada el 13 de abril de 2004, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (hoy Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en adelante, GSF) puso en conocimiento de TELEFÓNICA el inicio de las acciones de supervisión de la información de indicadores de consumo (líneas y tráfico), por los meses de enero de 2001 a diciembre de 2003, remitida por dicha empresa con ocasión de las respectivas solicitudes de ajuste tarifario de los servicios de Categoría I (²).

¹ Folio 1 del Expediente N° 00139-2004-GG-GFS/12-02.

² Dichos servicios son los siguientes:

- Establecimiento de una nueva conexión de servicio de telefonía fija.
- Prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local.



2. Mediante Carta C. 70-GFS/2008, notificada el 29 de enero de 2008, la GSF comunicó a TELEFÓNICA el inicio del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de las infracciones grave y muy grave tipificadas en los artículos 17° y 21° del RGIS, respectivamente, al haber entregado información inexacta en el ámbito de una supervisión y obstaculizarla, impidiendo a la vez que ésta alcance sus objetivos.
3. El 12 de febrero de 2008, TELEFÓNICA solicitó prórroga de quince (15) días hábiles para la presentación de sus descargos; ampliación que fue concedida mediante Carta C. 148-GFS/2008, notificada el 15 de febrero de 2008.
4. El 4 de marzo de 2008, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
5. Mediante Carta N° C. 251-GFS/2008, notificada el 25 de marzo de 2008, la GSF comunicó a TELEFÓNICA la rectificación de un error material contenido en la Carta C. 70-GFS/2008. Al respecto, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de descargos adicionales.
6. Mediante Carta DR-236-C-082/CL-08, recibida el 7 de abril de 2008, TELEFÓNICA presentó descargos adicionales.
7. Mediante los Informes N° 393-GSF/2017 y N° 53-GFS/2009, se realizó el análisis de los descargos presentados por TELEFÓNICA.
8. Mediante Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL del 31 de julio de 2009, notificado el 05 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."*

9. El 26 de agosto de 2009, TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL. Dicho Recurso fue declarado infundado a través de Resolución de Gerencia General



N° 350-2009-GG/OSIPTEL, de fecha 07 de octubre de 2009, notificada el 14 de octubre de 2009.

10. El 4 de noviembre de 2009, la empresa TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 350-2009-GG/OSIPTEL.
11. Mediante Resolución N° 096-2009-PD/OSIPTEL, notificada el 23 de diciembre de 2009, el Presidente del Consejo Directivo declaró parcialmente fundado el Recurso de Apelación; en los siguientes términos:

"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."

12. Mediante Resolución Número Doce del 6 de abril de 2015 (sentencia), el 4° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima declaró fundada en parte la demanda judicial interpuesta por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 096-2009-PD/OSIPTEL (Expediente N° 02054-2010-0-1801-JR-CA-04). En consecuencia, declaró nulo el citado acto administrativo –e improcedente otras pretensiones propuestas por la referida empresa operadora-, ordenando que el OSIPTEL, a través de su Consejo Directivo, se pronuncie respecto del Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 350-2009-GG/OSIPTEL.
13. Con Resolución Número Cinco del 22 de marzo de 2016, la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en grado de apelación, confirmó la sentencia expedida por el 4° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima.
14. El 17 de marzo de 2017, la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró improcedentes los recursos de casación interpuestos por TELEFÓNICA y el OSIPTEL, contra la resolución emitida por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo.



15. 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.
16. A través del Informe N° 056-PP/2017 del 3 de octubre de 2017, la Procuraduría Pública del OSIPTel solicitó dar cumplimiento a lo ordenado por el Poder Judicial.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

TELEFÓNICA interpuso el Recurso de Apelación el 4 de noviembre de 2009, estando vigente el RGIS; sin embargo, dicho texto normativo fue derogado con la emisión del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (en adelante, RFIS), aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTel y modificatorias; cuya vigencia inició el 5 de julio de 2013.

La Única Disposición Complementaria Transitoria del RFIS señala que los procedimientos en trámite a la fecha de su entrada en vigencia, continuarán rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo en lo que les sea más favorable.

Al respecto, el presente PAS, iniciado bajo las reglas procedimentales del RGIS, continúa su trámite en virtud de lo resuelto por el Poder Judicial. En tal sentido, la admisibilidad y procedencia del Recurso de Apelación debe evaluarse conforme a lo regulado por el aludido RGIS; toda vez que las disposiciones que contiene el RFIS, sobre el particular, no son más favorables, sino iguales.

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° 27444³ (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.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los principales argumentos de la impugnación son los siguientes:

4.1 Sobre la amonestación impuesta por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 17° del RGIS

- La facultad del OSIPTel para imponer la sanción de amonestación se encuentra prescrita, por cuanto el inicio del cómputo del plazo de prescripción debió ser contabilizado desde que la GFS recibió de TELEFÓNICA, durante el procedimiento de supervisión, la información que es calificada como inexacta, porque es aquél el momento en que se habría cometido la presunta infracción y no desde el instante en que dicha gerencia tomó conocimiento de las referidas inexactitudes.



³ Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

- La conducta objeto de amonestación obedece a un error material en la digitación, que se encuentra dentro de los límites permitidos cuando se trasladan considerables volúmenes de información, como en el presente caso. Asimismo, debe tenerse en cuenta que se trata de un error inevitable, ajeno a la voluntad o diligencia de TELEFÓNICA.

4.2 Sobre la multa impuesta por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 17º y 21º del RGIS.-

- La resolución recurrida no valora el hecho que la “disponibilidad” de la información obtenida del sistema de producción en línea, no implica que dicha información sea necesariamente “consistente” y que no requiera labores de extracción y recuperación que permitan garantizar la “auditabilidad” de la misma, porque es a través de este proceso que se valida la información a entregar al OSIPTEL.
- La GFS solicitó información que excedía los límites de la supervisión, toda vez 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 dentro del procedimiento de supervisión.
- Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad porque la supuesta información inexacta proporcionada al OSIPTEL no está vinculada con el tráfico de la Tarjeta 147 correspondiente al año 2002, sino que se sustenta en respuestas emitidas por TELEFÓNICA, referidas a la metodología que utilizaría la empresa para obtener dicha información.
- La Resolución de Gerencia General Nº 350-2009-GG/OSIPTEL adolece de una debida motivación al confirmar la Resolución de Gerencia General Nº 264-2009-GG/OSIPTEL, porque no brinda los fundamentos de hecho y de derecho que determinarían la existencia indudable de perjuicio a los abonados. En consecuencia, ambos actos administrativos se encuentra inmersos en causal de nulidad.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

5.1 Sobre la 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 17º y 21º del RGIS por parte de TELEFÓNICA. Sin embargo, tal como se ha mencionado previamente, el RGIS fue sustituido por el actual RFIS.

Al respecto, el numeral 5) del artículo 246º del TUO LPAG, establece lo siguiente con relación al principio de irretroactividad:



“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...).

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.
 (...)”

En consecuencia, es pertinente analizar si las disposiciones del RFIS referidas a las conductas imputadas, 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
“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.”	“Artículo 9.- Entrega de información inexacta La Empresa Operadora que haga entrega de información inexacta incurrirá en infracción grave.”	• La conducta infractora es la misma (entrega de información inexacta). • La calificación de la infracción es la misma (grave).
“Artículo 21.- La empresa que se niegue, resista, obstruya, impida u obstaculice la realización y/o desarrollo de auditorías 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.”	“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.”	• 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.



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

Según TELEFÓNICA, es errado que la Gerencia General haya establecido en la Resolución de Gerencia General Nº 350-2009-GG/OSIPTel, que el cómputo del plazo de prescripción de la infracción imputada no inicie desde la fecha en que la información se entregó, sino desde el momento en que la recurrente remitió una comunicación a la GSF dando cuenta del error, porque fue a partir de ese instante en que pudo conocerse la inexactitud de la información.

Añade TELEFÓNICA, que la prescripción debe aplicarse sin importar la eficiencia o negligencia con la que pudo actuar el administrado, puesto que dicha institución jurídica no se mide por la acción o inacción de éste, sino que resulta un castigo a la propia Administración por su inacción y/o dilación de los hechos. En consecuencia, la existencia de la presunción de veracidad no exoneraba al OSIPTel de la obligación de revisar la información entregada a la GSF y detectar la existencia del error, por cuanto una verdadera actuación diligente y oportuna del regulador hubiera permitido advertirlo desde el momento en que la información fue presentada, y no esperar que TELEFÓNICA notifique la existencia de un error de cálculo; más aún si era fácil de ser advertido.

De este modo, TELEFÓNICA considera que el plazo de prescripción debe ser contabilizado desde que el OSIPTel recibió las comunicaciones de dicha empresa presentando la información, y no desde que aquella advirtió del error; con mayor razón si el artículo 233.2º de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley Nº 27444 ⁽⁴⁾, señala que el plazo del cómputo prescriptorio se contabiliza desde la fecha en que se producen los hechos observados y no a partir de la fecha en que la Administración indica haber tomado conocimiento de la infracción.

Por otro lado, TELEFÓNICA manifiesta 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; con mayor razón en casos de traslado de volúmenes de información, que permiten mantener un margen de error tolerable, esto es, dentro de los límites permitidos.

Añade la empresa apelante, que el error material cometido en la digitación se debió a múltiples factores que resultan ajenos a la voluntad o diligencia del administrado, los cuales en un determinado porcentaje no pueden ser evitados, incluso contando con los conocimientos especializados o realizando una actuación con la diligencia debida.

Al respecto, de manera previa al análisis de los argumentos propuestos por TELEFÓNICA, corresponde recordar que la Ley Nº 27444 fue modificada a través del Decreto Legislativo Nº 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016. De este modo, entre otras modificaciones, se incorporaron disposiciones relativas a los eximentes y atenuantes de responsabilidad; recogidos ahora en el artículo 255º del TUO LPAG.

⁴ Vigente al momento de interponerse el Recurso de Apelación.



Esta mención es relevante, en tanto el principio de irretroactividad establece que las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo siempre que favorezcan al administrado; tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

En tal sentido, sobre los eximentes de responsabilidad –que sin duda tiene que ver con la aplicación de la sanción–, el artículo 5° del RFIS establece lo siguiente:

“Artículo 5.- Eximentes de responsabilidad

Se consideran condiciones eximentes de responsabilidad administrativa las siguientes:

- i) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.*
- ii) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.*
- iii) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.*
- iv) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el artículo 22.*

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

- v) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.*
- vi) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.”*
(subrayado agregado)

En el presente PAS, la Primera Instancia ha sancionado a TELEFÓNICA por la entrega de información inexacta sobre los horarios del tráfico Larga Distancia Nacional (LDN) y Larga Distancia Internacional (LDI) de la tarjeta Hola Perú y el tráfico local correspondiente al mes de diciembre de 2003. Asimismo, del respectivo expediente se evidencia que la GSF tomó conocimiento de dichas inexactitudes en virtud del reconocimiento y subsanación de la propia empresa, 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.

En efecto, mediante la carta DR-067-C-069/FA-07, TELEFÓNICA comunicó que hubo un error en la asignación de los grupos horarios para el tráfico LDN y LDI; mientras que con la carta DR-067-C-070/FA-07, la recurrente señaló que en el tráfico del servicio local medido correspondiente al mes de diciembre de 2003, por error involuntario, se sumó una celda equivocada en su hoja de trabajo para la presentación de la información del ajuste tarifario de marzo de 2004.



Así, la carta DR-067-C-069/FA-07 ⁽⁵⁾ refiere:

"DR-067-C-069/FA-07

Lima, 15 de enero de 2007.

Doctora
TESSY TORRES SÁNCHEZ
Gerente de Fiscalización
OSIPTel
Presente.-

Asunto: Observaciones a la información presentada en Hola Perú octubre y diciembre de 2003

Referencia: Expediente Nº 00139-2004-GG-GFS-12-02

Nos dirigimos a usted en atención a las revisiones que se vienen realizando a la información de tráfico de la tarjeta Hola Perú para los meses de octubre y diciembre de 2003, en la supervisión de Indicadores de consumo 2001-2003.

Al respecto le informamos que hemos detectado un error en la asignación de los grupos horarios para el tráfico LDN y LDI, siendo de resaltar que el tráfico está correctamente informado.

El horario erróneamente asignado fué el siguientes:

Horario normal : Lunes a domingo de 08:00 a 22:59 horas.

Horario reducido : Lunes a domingo de 23:00 a 07:59 horas.

El horario se debió aplicar de la siguiente forma:

Horario normal : Lunes a domingo de 08:00 a 22:59 horas.

Horario reducido: Lunes a sábado de 23:00 a 07:59 horas / domingos y feriados calendario todo el día de 23:00 a 07:59 horas.

(...)"

Mientras que la carta DR-067-C-069/FA-07 ⁽⁶⁾ señala:

DR-067-C-070/FA-07

Lima, 15 de enero de 2007.

Doctora
TESSY TORRES SÁNCHEZ
Gerente de Fiscalización
OSIPTel
Presente.-

Asunto: Observaciones a la información de tráfico SLM y Tarjeta 147 para 2001-2003

Referencia: Expediente Nº 00139-2004-GG-GFS-12-02
Su carta C.0017-GFS/2007

Nos dirigimos a usted en atención a su carta de la referencia, a fin de alcanzarle las precisiones relacionadas con las revisiones que se vienen realizando a la

⁵ Foja 01008 del Expediente Nº 00139-2004-GG-GFS/12-02.

⁶ Fojas 01009 y 01010 del Expediente Nº 00139-2004-GG-GFS/12-02.



información de tráfico del Servicio Local Medido (SLM) para septiembre y diciembre de 2003 y de la tarjeta 147, para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2002 y octubre de 2003, comprendidas en la supervisión de Indicadores de Consumo 2001-2003.

(...)

En el tráfico correspondiente al mes de diciembre de 2003, le informamos que, por un error involuntario, se sumó una celda equivocada en nuestra hoja de trabajo para la presentación de la información del ajuste tarifario de 2004. Así, se reportó una diferencia en exceso para las llamadas de la línea clásica en horario normal para Lima de 14'347,450 llamadas. Vale decir, se reportó 72'933,956 de llamadas cuando debieron de haberse reportado un total de 58'586,956 llamadas. Este error se comete cuando se suma la celda de 57'784,789 (llamadas de voz clásicas en horario normal) con 15'149,167 (llamadas de voz en horario reducido) en vez de haber utilizado, para este último caso, la cantidad de 801,717 (que correspondían a las llamadas de datos en horario normal).

Con el propósito de sustentar el resultado obtenido por vuestro análisis cabe precisar lo siguiente: a la suma parcial de 58'586,506 llamadas de la línea clásica en horario normal para Lima se deben sumar 15'847,795 llamadas de provincias, lo cual totalizarían 74'434,301 llamadas, cifra que debió reportarse originalmente.

(...)"

Cabe advertir, que los expedientes del PAS y del procedimiento de supervisión no evidencian que la mencionada subsanación haya obedecido a algún requerimiento expreso del OSIPTEL.

Por otro lado, en el Informe N° 393-GFS/2008 de fecha 21 de julio, mediante el cual se analizaron los descargos de TELEFÓNICA, se indica lo siguiente con relación a los efectos de la conducta imputada a dicha empresa:

"29. Es por ello que a efectos de determinar responsabilidad por la infracción tipificada en el artículo 17° del RGIS no resulta lo relevante lo señalado en el Memorando N° 080-GPRC/2007 de fecha 16 de febrero de 2007, emitido por la Gerencia de Políticas Regulatorias, según el cual, la información inexacta proporcionada por TELEFÓNICA no implicó diferencias en las reducciones tarifarias, por lo que se concluye que dicha empresa no obtuvo beneficio alguno como consecuencia de la entrega de información inexacta. (...):"
(subrayado agregado)

Tal como se puede advertir del texto transcrito, la entrega de la información inexacta no habría generado 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 (16 de enero de 2017) se produjo de manera voluntaria antes del inicio del PAS (29 de enero de 2008), y que aquella no generó efectos que revertir; se concluye que, respecto a este extremo del procedimiento sancionador, 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 tal sentido, corresponde revocar la sanción de amonestación impuesta por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 17º 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 este modo, carece de objeto analizar los argumentos propuestos por TELEFÓNICA respecto de dicha imputación realizada por la GSF.

5.3 Sobre el concurso de infracciones y la imposición de la multa equivalente a 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 17º y 21º del RGIS, se derivan de las gestiones realizadas 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 17º del RGIS, que sanciona la entrega de información inexacta, la primera instancia administrativa consideró que TELEFÓNICA, durante la supervisión, brindó información inexacta respecto a la disponibilidad de la información de la base de datos GT147. Ello, al señalar dicha empresa en sucesivas oportunidades que para contar con la información era necesario conseguir recursos, proceder a la búsqueda de los correspondientes back ups (cintas del sistema "Legato"), así como implementar un proceso de recuperación que permita la extracción de la información requerida; siendo que, durante el procedimiento de supervisión se constató que la indicada información podía ser extraída directamente del sistema de producción en línea de TELEFÓNICA.

Al respecto, a criterio de este Despacho, no cabe catalogar como información inexacta el hecho que TELEFÓNICA no haya informado desde el inicio del procedimiento de supervisión, sobre la existencia de un mecanismo alternativo para extraer la información sobre el tráfico de la Tarjeta 147, a menos, por ejemplo, que hubiese mediado algún requerimiento expreso de los funcionarios de la GSF, en el cual se consulte acerca de la existencia de otra modalidad de recuperación de información a la que se venía empleando. En dicho caso, la infracción se habría constituido si TELEFÓNICA, pese a semejante solicitud, hubiere informado que el único mecanismo para obtener la información requerida era a través de los back ups; pese a conocer que también podía conseguirse de la mencionada base de datos en línea. Sin embargo, no se evidencia en el expediente de supervisión documento alguno en el que conste la consulta del OSIPTEL o la declaración formulada por TELEFÓNICA en el referido sentido.

Por consiguiente, esta Gerencia opina que TELEFÓNICA no ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 17º del RGIS.



Sin embargo, ello no sucede con la infracción tipificada en el artículo 21º del RGIS ⁽⁷⁾, por cuanto sí existen elementos suficientes que demuestran que TELEFÓNICA obstaculizó el desarrollo de las acciones de supervisión desarrolladas por la GSF. Así pues, TELEFÓNICA no informó la existencia de un mecanismo alternativo y expeditivo para extraer la información sobre tráfico de la Tarjeta 147, el cual estaba constituido por la base de datos en línea GT147.

Así, transcurrido más de un año desde que se iniciaron las acciones de supervisión, el OSIPTel advirtió la posibilidad de extraer la información de otra fuente, cuya disponibilidad TELEFÓNICA conocía, evidenciando que la obtención de la información mediante este mecanismo era más sencilla y demandaba menos tiempo que los trabajos con los back ups; razón por la cual TELEFÓNICA, con su conducta, contravino el deber de proporcionar todas las facilidades del caso, relacionadas con el objetivo de la acción de supervisión, tal como exige la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTel, Ley Nº 27336 (en adelante, LDFF)^{8,9}.

No obstante, como efecto de lo expuesto en este acápite, se concluye que no existe concurso de infracciones; aunque sí subsiste la responsabilidad de TELEFÓNICA por la infracción tipificada en el artículo 21º de dicha norma, que la Primera Instancia ha sancionado con ciento cincuenta y uno (151) UIT.

5.4 Sobre las características de la información que debía ser presentada para evaluar el tráfico de la Tarjeta 147

TELEFÓNICA cuestiona que la Gerencia General haya concluido que dicha empresa brindó información inexacta a la GSF durante el desarrollo de las acciones de supervisión, respecto a la disponibilidad de la información de la base de datos GT147; al indicar que para la recuperación de los registros del tráfico de la Tarjeta 147 correspondiente al año 2002, era necesario conseguir recursos, proceder a la búsqueda de los correspondientes back ups, así como implementar un proceso de recuperación que permita la extracción de la información requerida- Ello, porque el OSIPTel verificó que la referida data podía ser extraída directamente del sistema de producción en línea de TELEFÓNICA.

Al respecto, TELEFÓNICA manifiesta que al resolver no se ha diferenciado entre información "auditable" o "consistente" e información "disponible". Acorde con lo señalado por la impugnante, la "disponibilidad" –del sistema de producción en línea- no implica que la información necesariamente sea consistente y que no requiera de labores de extracción y recuperación que permitan garantizar la "auditabilidad" y "consistencia" de la misma. En dicho orden de ideas, TELEFÓNICA indica que no estaba en condiciones de garantizar la disponibilidad de la información, sin que ésta haya sido previamente analizada y

⁷ Artículo 21.- La empresa que se niegue, resista, obstruya, impida u obstaculice la realización y/o desarrollo de auditorías 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.

⁸ "Artículo 16.- Obligaciones de las entidades supervisadas
Las entidades supervisadas se encuentran obligadas a:
(...)

f) Proporcionar, en general, todas las facilidades del caso relacionadas con el objetivo de la acción de supervisión."

⁹ De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, se entiende por facilidades aquellas condiciones especiales que permiten lograr algo o alcanzar un fin con menor esfuerzo. (<http://dle.rae.es/?id=HT3X84s>)



se haya verificado su consistencia; toda vez que eran necesarias labores de recupero y extracción de los back ups para validar la información a entregar al OSIPTEL.

TELEFÓNICA complementa lo anterior, refiriendo que la información ubicada en línea no es “auditable” y “consistente”, en la medida que no se encuentra libre de errores en su totalidad, lo que sí se encuentra garantizado con la información que se traslada a los back ups, cuya extracción era bastante compleja. Así, agrega que la información auditable de tráfico de la Tarjeta 147 es la que se encontraba en back ups; mientras que la información que la GSF quiso obtener en línea, no es información que pueda ser auditable, pues al ser información “backapeada” puede contener imprecisiones o errores.

En lo que concierne a esta argumentación, TELEFÓNICA sólo reitera los inconsistentes postulados contenidos en su escrito de descargos y en el recurso de reconsideración, presentados durante el trámite del presente PAS. En efecto, lo que en Primera Instancia ha sido sancionado, no es el hecho de haber informado en sucesivas oportunidades durante el procedimiento supervisión, en cuanto a la información de tráfico de la Tarjeta 147 del período 2001 – 2003, que para obtener dicha data era necesario contar con mayores recursos, buscar en los back ups de la empresa e implementar un proceso de recuperación que coadyuve a la extracción de la información requerida por la GSF para dar cumplimiento al objetivo de la supervisión.

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; el cual estuvo constituido por la posibilidad de extraer la información sobre tráfico de la Tarjeta 147, a través de la base de datos en línea.

Como se observa, fue por la propia declaración de los funcionarios de TELEFÓNICA -según se aprecia en el Acta de Supervisión del 13 de julio de 2005¹⁰-, que la GSF tomó conocimiento de la posibilidad de obtener la información de la base de datos en línea GT147; cuya complejidad es menor con relación al procedimiento de extracción de información de los back up.

Dicho en otros términos, la posibilidad de obtener la información requerida para la supervisión, igual de útil y con mayor celeridad, por medio de la base de datos en línea, no fue comunicada por TELEFÓNICA durante su fase inicial; sino que el OSIPTEL tomó conocimiento al respecto, transcurrido más de un año desde que se inició la supervisión. Así, el comportamiento de TELEFÓNICA ocasionó un significativo retraso en las labores de la GSF, ocasionando que se afecte el Principio de Celeridad que recoge el Reglamento General de OSIPTEL, por cuanto el procedimiento de supervisión se extendió por causa atribuible a la recurrente ⁽¹¹⁾.

¹⁰ Fojas 01009 y 01010 del Expediente Nº 00139-2004-GG-GFS/12-02.

¹¹ De acuerdo con el Principio de Celeridad contenido en el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado con Decreto Supremo Nº 008-2001-PCM, la actuación administrativa de OSIPTEL deberá orientarse a resolver los temas y controversias que se susciten de manera oportuna y en el menor tiempo posible.



Tal coyuntura, por consiguiente, configura el supuesto de obstaculización al procedimiento de supervisión, tipificado en el artículo 21º del RGIS.

Por otro lado, TELEFÓNICA alega que la “disponibilidad” de la información extraída sobre el tráfico de la Tarjeta 147 de la base de datos en línea, no garantizaba que aquella sea “consistente” y “auditable”, ni cumplía con las exigencias que deben ser observadas de cara a proporcionar la información que es requerida por el OSIPTel. Al respecto, de la revisión del Acta de fecha 13 de julio de 2005, es de reiterar que fueron los propios trabajadores de TELEFÓNICA quienes pusieron en conocimiento de los funcionarios de la GSF, la existencia de la precitada base de datos en línea. De haber entendido que la información de allí obtenida era deficiente o poco confiable, como ahora repetidamente lo sostiene, el personal de TELEFÓNICA pudo dejar constancia de dicha observación en el acta de supervisión que se levantó en la diligencia o durante el desarrollo de la supervisión; con arreglo a lo establecido en el artículo 20º de la LDFF ⁽¹²⁾. No obstante, ello no ocurrió.

Esa situación no hace sino demostrar que la distinción que formula TELEFÓNICA en su defensa entre información “disponible” e información “consistente” o “auditable”, tiene como único propósito distraer la comisión de la infracción correctamente imputada por el OSIPTel. En cualquier caso, la existencia de dos (2) modalidades para obtener la información requerida para los fines de la supervisión, una con mayor solvencia que la otra (la información obtenida de los back up frente a la extraída en línea, según TELEFÓNICA); pudo también haber sido puesto en conocimiento de la GSF por parte de la recurrente, en cumplimiento de su deber de prestar las facilidades en las acciones de supervisión, de tal modo que haya sido dicha gerencia quien por último decidiera respecto al mecanismo idóneo; sin embargo, ello tampoco se dio.

Por último, conviene traer a colación otra incongruencia esbozada por TELEFÓNICA en su defensa, al exponer que *“la información auditable de tráfico de la Tarjeta 147 es la que se encontraba en back ups, mientras que la información que la GFS quiso obtener en línea no es información que pueda ser auditable pues al ser información “backapeada” puede contener imprecisiones o errores.”* En efecto, si supuestamente la información extraída desde los back ups la hacía “consistente” y “auditable”, cabe preguntarse ¿cómo es posible que la “información backapeada”, es decir, información en algún momento disponible y posteriormente almacenada en back up para su conservación, sea menos confiable que aquella información obtenida de los back ups?

De este modo, el razonamiento de TELEFÓNICA resulta totalmente contradictorio, porque no hace más que revelar que la información almacenada en los back up tampoco constituía información confiable, porque podía contener imprecisiones o errores. Por este motivo, esta Gerencia de Asesoría Legal coincide con la Resolución de Gerencia General Nº 350-2009-GG/OSIPTel, cuando establece:

¹² “Artículo 20.- Acta

20.1 Llevada a cabo una acción de supervisión fuera de las instalaciones de OSIPTel, se procederá a dejar constancia de las incidencias observadas en un acta que será levantada exclusivamente por el o los funcionarios de OSIPTel, en el mismo acto y lugar en que fuera realizada la acción. Una copia de esta acta deberá ser entregada a un representante de la entidad supervisada, quien podrá dejar constancia en la misma acta de comentarios referidos a la acción de supervisión.”



"(...) En efecto, el back up o copia de seguridad es definido como la "copia total o parcial de información importante del disco duro, CDs, bases de datos u otro medio de almacenamiento; siendo utilizados para tener una o más copias de información considerada importante y así poder recuperarla en el caso de pérdida de la copia original" (12). Por consiguiente, si se entiende que la información almacenada en back up es copia de aquella información que pudo estar disponible en algún momento, puede deducirse entonces que la información que aún se halla en línea es más actual o, en todo caso, igual a la que se halla en el back up. En consecuencia, no es coherente sostener que la información almacenada en el back up es más precisa que aquélla que pudo obtenerse en línea."

En resumen, las argumentaciones de TELEFÓNICA carecen de asidero y en nada desvirtúan la comisión de la infracción tipificada en el artículo 21º del RGIS; por tanto, corresponde que sean desestimadas.

Sin embargo, así como en el caso de la infracción referida a 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; corresponde analizar sí, en el presente caso, se produjo el eximente de responsabilidad previsto en el numeral iv) del artículo 5º del RFIS.

Así, respecto del cese de la conducta, puede sostenerse que la obstaculización ejercida por TELEFÓNICA que evitó que el OSIPTel obtenga de manera oportuna la información sobre el tráfico de la Tarjeta 147, culminó en julio de 2005, 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 que permitió extraer dicha información. El aludido cese se produjo antes del inicio del PAS –enero de 2008- y, según se desprende del expediente de supervisión, habría sido de manera voluntaria; puesto que no obra requerimiento expreso del OSIPTel –a través de carta o resolución- para que TELEFÓNICA deje de obstaculizar el procedimiento de supervisión, mediante sus sucesivas negativas para brindar la información requerida.

No obstante, tal conducta sí produjo efectos adversos imposibles de revertir, y es que, en este caso –tal como precisa la Resolución N° 264-2009-GG/OSIPTel- se ocasionó un retraso significativo en las labores de supervisión que se estaban desarrollando, pues recién se pudo acceder a la información transcurrido más de un año desde el inicio del procedimiento de supervisión. Entonces, se invirtieron vanamente tiempo, recursos y personal que pudieron ser destinados –eficientemente- a otros fines en salvaguarda de los derechos de los usuarios.

En tal sentido, no se cumplen los requisitos para aplicar el eximente de responsabilidad establecido en el numeral iv) del artículo 5º del RFIS y el literal f) del numeral 1) del artículo 255º del TUO LPAG.

5.5 Sobre la información requerida que habría excedido los límites de la supervisión

TELEFÓNICA alega que durante el procedimiento de supervisión, la GSF requirió información que excedía los límites de la supervisión, en vista que se audió 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 dentro de la supervisión, de conformidad con la comunicación C.1342-GG-GFS/2002. Según TELEFÓNICA, de dicha comunicación se desprende que la información sería auditable a partir del 28 de octubre de 2002 -al disponerse el almacenamiento de tráfico de la Tarjeta 147 recién a partir de ese momento-. Es decir, con anterioridad a esa fecha no podía garantizar la consistencia de la información.

Al respecto, es de señalar que en la visita de supervisión realizada el 13 de julio de 2005 -según consta en el acta correspondiente-, los funcionarios de la GSF solicitaron al personal encargado de TELEFÓNICA que se efectúe la consulta a la base de datos en línea, a efecto de conocer el período más antiguo de información de tráfico con la que se contaba; verificándose en el sistema que la fecha más antigua era el 1 de setiembre de 2002 ⁽¹³⁾. Fue así que se requirió sea extraída la información de tráfico de los meses de setiembre y noviembre de 2002 (encontrándose este último mes dentro del período de supervisión).

Es de anotar, no obstante, que en nada perjudicó a TELEFÓNICA el hecho que se haya verificado que en la base de datos en línea existía información sobre tráfico de la Tarjeta 147, desde el mes de setiembre de 2002; porque 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.

Asimismo, TELEFÓNICA menciona que no podía garantizar la consistencia de la información generada con anterioridad al 28 de octubre de 2002, por cuanto su entrega no era exigible para ser auditable en el procedimiento de supervisión. Al respecto, es incongruente que la recurrente sostenga ello porque, según se ha indicado, el 13 de julio de 2005, desde la misma base de datos en línea, se obtuvo información de tráfico de la Tarjeta 147 del mes de noviembre de 2002; esto es, data posterior al 28 de octubre de 2002 que, de acuerdo al razonamiento de TELEFÓNICA, sería auditable al ser de fecha posterior.

Por consiguiente, puede concluirse que la verificación en la base de datos en línea de la existencia de información de tráfico de la Tarjeta 147, generada con anterioridad al 28 de octubre de 2002, no invalida o descalifica la información obtenida de dicha fuente a partir de esa fecha, porque fue sólo esta última la utilizada por la GSF dentro del análisis de los indicadores de consumo (líneas y tráfico) del período 2001 - 2003.

¹³ Acta de supervisión del 13 de julio de 2005:

"(...)

Considerando que con fecha 08 de julio de 2005, la empresa había proporcionado información de tráfico de la tarjeta 147, siendo almacenada en el servidor del OSIPTEL ubicado en los ambientes de TdP, relativa a los días 01 al 31 de octubre de 2002 y 01 al 31 de diciembre de 2002, se procedió a solicitar al señor Mejía una consulta en la tabla "registroactivity" de la base de datos "GT147", de la cual se había obtenido la información antes aludida.

Con el apoyo del señor Pantigoso, se realizó la consulta antes referida, a fin de conocer el período más antiguo de información de tráfico con la que cuenta dicha base de datos en línea. Conforme se puede visualizar en el anexo a la presente, la fecha más antigua de información de tráfico (llamadas) señalada en la consulta es el 01 de setiembre de 2002.

En este mismo acto, se solicita a la empresa operadora que se proceda a extraer información de todo el tráfico correspondiente a los meses de setiembre y noviembre de 2002.

"(...)"



5.6 Sobre la supuesta vulneración al principio de tipicidad

De acuerdo a lo sostenido por TELEFÓNICA, el hecho tipificado como infracción administrativa por el artículo 17º del RGIS es la entrega de información inexacta respecto de lo solicitado específicamente por el OSIPTEL; por tanto, no se trata de la entrega de cualquier tipo de información, sino de aquella que permita al regulador comprobar el cumplimiento de las obligaciones de la empresa, es decir, información vinculada expresamente con el objeto de la supervisión.

Añade que se ha transgredido el Principio de Tipicidad que recoge el TUO LPAG, porque la supuesta información inexacta proporcionada al OSIPTEL no está vinculada con el tráfico de la Tarjeta 147 correspondiente al año 2002; esto es, el objeto de la supervisión, sino que se sustenta en respuestas emitidas por TELEFÓNICA, referidas a la metodología que utilizaría la empresa para obtener dicha información de tráfico. Por tanto, los hechos imputados no se encontrarían tipificados en el artículo 17º del RGIS.

Sobre este punto, habiendo establecido en párrafos anteriores que los hechos descritos no constituyen un supuesto de información inexacta, carece de objeto pronunciarse sobre los presentes argumentos.

5.7 Sobre la falta de motivación de la Resolución de Gerencia General Nº 350-2009-GG/OSIPTEL

Menciona TELEFÓNICA, que la Resolución de Gerencia General Nº 350-2009-GG/OSIPTEL carece de una motivación debida de acuerdo al TUO LPAG, porque confirma la Resolución de Gerencia General Nº 264-2009-GG/OSIPTEL; acto administrativo que –considera- contiene argumentos contradictorios para sustentar la magnitud del daño causado.

Por tanto, concluye 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, ocasionándole así una manifiesta indefensión que contraviene también el principio de debido procedimiento. En tal sentido, la empresa apelante alega que ambas resoluciones se encuentran incursas en causa de nulidad.

Al respecto, corresponde señalar que la contradicción aludida por TELEFÓNICA es inexistente. En efecto, si bien no se ha podido determinar que la conducta infractora cometida por la recurrente ha ocasionado un daño tangible o que se pueda expresar en términos económicos, un hecho innegable es que las acciones de supervisión se prolongaron en forma innecesaria como consecuencia de la conducta de TELEFÓNICA.

Tan es así, que 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, sin estar supeditados a los prolongados períodos que TELEFÓNICA aducía eran requeridos para extraer la información desde los back up.



De cualquier modo, cabe añadir que la “magnitud del daño causado” constituye sólo un elemento a ponderar a efecto de establecer la sanción a imponer, más no para determinar si una infracción se cometió. Por consiguiente, aun asumiendo que no existe daño, tal situación no tiene por qué exonerar a TELEFÓNICA de la sanción que le corresponde.

Además, es de resaltar que la Gerencia General ha actuado con arreglo al Principio de Razonabilidad, por cuanto el monto de la multa impuesta, equivalente a 151 UIT, es el valor mínimo que el artículo 25º de la LDFF prevé para las infracciones muy graves.

De este modo, contrariamente a lo sostenido por TELEFÓNICA, se evidencia que las Resoluciones de Gerencia General Nº 350-2009-GG/OSIPTEL y Nº 264-2009-GG/OSIPTEL han fundamentado adecuadamente los aspectos jurídicos – mediante la cita de las fuentes legales pertinentes, síntesis de las argumentaciones jurídicas de TELEFÓNICA y las formuladas por la Gerencia General para desestimarlas- y los fácticos –constituidos por la relación de supuestos reales apreciados y verificados por dicha instancia-. Igualmente, ambos actos administrativos han hecho cita de las argumentaciones de Telefónica, reflejando dentro de sus considerandos la forma en que han sido consideradas al resolver ⁽¹⁴⁾.

Así, se verifica que las Resoluciones de Gerencia General Nº 350-2009-GG/OSIPTEL y Nº 264-2009-GG/OSIPTEL cumplen con el deber de motivación que es propio de los actos administrativos. En consecuencia, se concluye que al expedirse las resoluciones cuestionadas no se ha incurrido en vicio alguno que acaree su nulidad.

5.8 Sobre la aplicación de factores atenuantes de responsabilidad

Al respecto, el artículo 255º del TUO LPAG sobre las condiciones atenuantes de la responsabilidad prescribe lo siguiente:

“Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones (...)

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

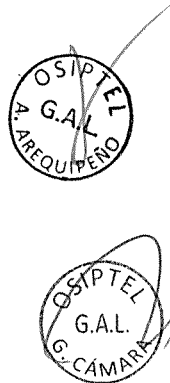
En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

b) Otros que se establezcan por norma especial.”

Por su parte, el artículo 18º del RFIS ha desarrollado lo siguiente con relación a dichos factores atenuantes:

“Artículo 18.- Graduación de las Sanciones y Beneficio por Pronto Pago

¹⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. Cit, p 82.



i) Son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

Los factores mencionados se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(...)"

A continuación, se evaluará la aplicación de los referidos factores atenuantes en el presente caso, en aplicación del principio de irretroactividad:

a) Reconocimiento de responsabilidad

La Resolución Número Catorce del 4º Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, que requirió al OSIPTEL para que, en cumplimiento de la sentencia, se pronuncie a través de su Consejo Directivo sobre el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 350-2009-GG/OSIPTEL, también fue notificada a dicha empresa el 28 de setiembre de 2017.

No obstante, desde esa oportunidad, TELEFÓNICA no ha reconocido su responsabilidad respecto de la infracción imputada; razón por la que no corresponde la aplicación de la presente causal atenuante.

b) Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa

Conforme a lo establecido en el numeral 4.4 del presente informe, TELEFÓNICA cesó la conducta infractora tipificada en el artículo 21º del RGIS. Por tal motivo, la citada empresa se halla incurso en este factor atenuante.

c) Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa

Según lo desarrollado en el numeral 4.4 del presente informe, los efectos de la conducta de TELEFÓNICA son irreversibles respecto a la infracción tipificada en el artículo 21º del RGIS. En consecuencia, no corresponde la aplicación de esta causal atenuante

d) Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

TELEFÓNICA no ha aportado documento alguno que demuestre haber adoptado medidas para evitar incumplir el vigente artículo 12º del RFIS; pese a haber sido notificada con el requerimiento judicial al OSIPTEL, desde el 28 de setiembre de 2017. Por tanto, no corresponde la reducción de la multa por esta causal atenuante.



Por lo expuesto, se recomienda que la multa impuesta a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 21° del RGIS, se reduzca en quince por ciento (15%); por lo que la sanción a imponer se fijaría finalmente en ciento veintiocho (128) UIT.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

- 6.1 Se recomienda declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL; en consecuencia:
- a) Debe disponerse el ARCHIVO de 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.
 - b) Debe MODIFICARSE 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.
 - c) Debe REVOCARSE el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL, en el extremo que corresponde a la infracción grave tipificada en el artículo 17° del RGIS, ante la inexistencia de concurso de infracciones.
- 6.2 Asimismo, corresponde desestimar la solicitud de nulidad del acto administrativo impugnado y de la Resolución N° 264-2009-GG/OSIPTEL.
- 6.3 Al agotarse la vía administrativa con el pronunciamiento del Consejo Directivo, debe dejarse sin efecto el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL, que resolvió declarar procedente la suspensión de los efectos de la Resolución de Gerencia General N° 264-2009-GG/OSIPTEL.
- 6.4 Asimismo, al confirmarse la imposición de una sanción por la comisión de una infracción muy grave, corresponde, de conformidad con el artículo 33° de la LDFF, la publicación de la resolución que el Consejo Directivo expida respecto del Recurso de Apelación presentado por Telefónica del Perú S.A.A., en el diario oficial El Peruano. Asimismo, dicha resolución, conjuntamente con el presente informe y las Resoluciones de Gerencia General N° 350-2009-GG/OSIPTEL y N° 264-2009-GG/OSIPTEL, deberán ser publicadas en la página web del OSIPTEL.

