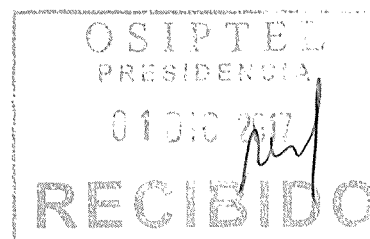
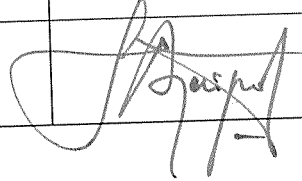
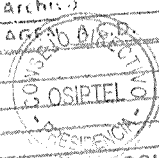


A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ Presidente del Consejo Directivo
ASUNTO	:	Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica Multimedia S.A.C. contra la Resolución N° 222-2017-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00029-2014-GG-GFS/PAS
FECHA	:	1 de diciembre de 2017



	CARGO	NOMBRE	FIRMA
ELABORADO POR	Abogado Especialista en Temas Regulatorios	Pamela Lisett Cadillo La Torre	
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	Archivado
Revisar	Asesoría Legal
Nota:	
Fecha:	01/12/17
	Presidente OSIPTEL



I. RESUMEN:

1. En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 222-2017-GG/OSIPTEL, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 101-2017-GG/OSIPTEL, reformando la multa impuesta de ochenta (80) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) a cincuenta y seis (56) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones¹ (en adelante, RFIS), por haber incumplido con la entrega de información requerida mediante carta N° 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014.
2. Recomendación: Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA y, en consecuencia, modificar la multa impuesta de cincuenta y seis (56) UIT a treinta y cinco punto siete (35.7) UIT.
3. Plazo para resolver: 15 de diciembre de 2017.

II. ANTECEDENTES:

1. El 19 de marzo de 2014, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencias emitió el Informe N° 193 –GPRC/2014, en el cual indicó que TELEFÓNICA no remitió en el plazo previsto la información correspondiente a la evolución semestral del número de conexiones en servicio de Televisión por Cable según tipo de plan, región o departamento, tecnología (CATV o Satelital) y tipo de cliente (residenciales o comerciales) para los períodos 2008-2011, requerida mediante carta N° C. 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014.
2. Mediante Carta C. 608-GFS/2014, notificada el 24 de marzo de 2014, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización² (en adelante, GSF) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 7° del RFIS, al no entregar en el plazo previsto, la información requerida mediante carta N° C. 117-GG.GPRC/2014.
3. El 4 de abril de 2014, TELEFÓNICA solicitó prórroga de quince (15) días hábiles para la presentación de sus descargos; ampliación que fue concedida mediante Carta C. 737 -GFS/2014, notificada el 9 de abril de 2014.
4. El 30 de abril de 2014, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
5. Mediante Carta N° C. 1442 –GFS/2014, notificada el 10 de julio de 2014, la GSF solicitó a TELEFÓNICA información sobre el procedimiento seguido a fin de remitir la información solicitada.
6. El 17 de julio de 2014, TELEFÓNICA solicitó prórroga de siete (7) días hábiles para la presentación de la información solicitada; ampliación que fue concedida mediante Carta C. 1546 -GFS/2014, notificada el 23 de julio de 2014.

¹ Aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

² A través del Decreto Supremo N° 045-2017-PCM se modificó el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, variándose el nombre de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.



7. El 25 de julio de 2014, TELEFÓNICA remitió la información solicitada.
8. Mediante Carta N° C. 1184-GFS/2015, notificada el 25 de junio de 2015, la GSF solicitó a TELEFÓNICA información sobre las medidas que hubiese implementado a fin de optimizar los procedimientos seguidos para la entrega de información al OSIPTEL.
9. El 3 de julio de 2015, TELEFÓNICA remitió la información solicitada.
10. Mediante Carta N° C. 00031-GFS/2017, notificada el 4 de enero de 2017, se notificó a TELEFÓNICA el Informe N° 00004-GSF/2017 (análisis de sus descargos); para que remita sus comentarios en el plazo de cinco (5) días hábiles.
11. El 11 de enero de 2017, TELEFÓNICA remitió sus comentarios.
12. Mediante Resolución de Gerencia General N° 101-2017-GG/OSIPTEL del 19 de mayo de 2017, notificada el 22 de mayo de 2017, se resolvió:
13. El 12 de junio de 2017, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 101-2017-GG/OSIPTEL.
14. Mediante Resolución de Gerencia General N° 222-2017-GG/OSIPTEL del 10 de octubre de 2017, notificada el 10 de octubre de 2017, se resolvió:

"Artículo 1°.- MULTAR a la empresa **TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.**, con OCHENTA (80) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, al haber incumplido con la entrega de información requerida mediante carta N° 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución."

"Artículo 1°.- Desestimar la solicitud de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 00101-2017-GG/OSIPTEL, formulada por **TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.**

Artículo 2°.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Reconsideración presentado por **TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.**; en consecuencia, **REFORMAR** la multa impuesta a dicha empresa operadora en la Resolución de Gerencia General N° 00101-2017-GG/OSIPTEL, de 80 UIT a 56 UIT, confirmándose los demás extremos de la misma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución."

15. El 31 de octubre de 2017, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 222-2017-GG/OSIPTEL.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27° del RFIS, y los artículos 216° y 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación

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



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 TELEFÓNICA son los siguientes:

- 4.1 El OSIPTTEL otorgó un plazo insuficiente a su representada, para cumplir con remitir la información solicitada.
- 4.2 Se vulneró el Principio de Culpabilidad, en la medida que no puede determinarse su responsabilidad administrativa, al haber actuado de forma diligente en la atención de la información requerida.
- 4.3 Se vulneró el derecho constitucional a la petición administrativa y al Principio de Buena Fe Procedimental, al no haberse considerado sus solicitudes de plazo y propuesta de cronograma para cumplir con remitir la información solicitada.
- 4.4 Sobre la determinación de la sanción, señala que en la resolución impugnada se vulnera el Principio de Razonabilidad.

V. ANÁLISIS:

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

5.1 Sobre el plazo para la remisión de la información solicitada por el OSIPTTEL

TELEFÓNICA señala que la información solicitada por el OSIPTTEL, a través de la Carta C. 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014, implicó el procesamiento de una gran cantidad de información que no pudo entregar en el plazo otorgado, porque dicho plazo en su opinión era irrazonable e insuficiente.

Agrega TELEFÓNICA, que el 29 de agosto de 2015, el OSIPTTEL publicó la Norma de Requerimiento de Información Periódica⁴, en la cual, manifiesta se integró como parte de la información a ser remitida la que fue requerida a través de la Carta antes citada, otorgando un plazo de hasta seis (6) meses para la eficacia de dicha norma; lo cual, indica no ocurrió en el presente caso, en alusión al plazo que se le otorgó para la remisión de la información requerida.

Al respecto, se aprecia que en el folio 14 del Expediente del PAS, obra copia de la carta C. 799-GG.GPRC/2013, notificada el 27 de setiembre de 2013, en la cual el OSIPTTEL solicitó a TELEFÓNICA la siguiente información:

"(ii) Cuadro con la evolución semestral (a fin de período) del número de conexiones de TV de Paga, según tipo de plan y región o departamento; señalando el número de planes que corresponden a TV de Paga HFC o a TV de Paga Satelital; indicando también, el número de planes que corresponden a clientes residenciales o clientes comerciales. Se deberá considerar el período enero de 2008 hasta el primer semestre del año 2013."

⁴ Aprobada por Resolución Nº 096-2015-CD/OSIPTTEL.



Asimismo, en el Expediente del PAS se advierte que TELEFÓNICA solicitó la prórroga para entregar la precitada información a través de las siguientes cartas:

Carta	Fecha de presentación	Solicitud
DR-107-C-1358DF-13 (Copia de la carta obra en el folio 13)	23-10-2013	"(...) solicitamos a su Despacho nos pueda otorgar un plazo adicional de cinco (5) días hábiles, puesto que <u>nos encontramos realizando las gestiones necesarias para obtener la información requerida.</u> (...)" (Sin subrayado en el original)
DR-107-C-1375DF-13 (Copia de la carta obra en el folio 12)	30-10-2013	"(...) En cuanto al Cuadro con la evolución semestral del número de conexiones de TV de Paga, (...) solicitamos nos otorgue un plazo adicional de cinco (5) días hábiles <u>para terminar de gestionar la misma.</u> (...)" (Sin subrayado en el original)
DR-107-C-1415DF-13 (Copia de la carta obra en el folio 16)	7-11-2013	"(...) Al respecto, <u>nuestra empresa viene trabajando</u> en el cuadro de evolución semestral del número de conexiones de TV de Paga (...) tomando en cuenta el periodo enero de 2008 hasta el primer semestre del año 2013 (...) <u>En cuanto a la información por los periodos de 2008, 2009, 2010 y 2011 aún nos encontramos validando todos los campos adicionales y gestionando la extracción de los sistemas necesarios;</u> es por ello que solicitamos nos permita entregar un cronograma de entrega el día de mañana (viernes 8 de noviembre de 2013) para el cumplimiento del requerimiento en cuestión. (Sin subrayado en el original)
DR-107-C-1418DF-13 (Copia de la carta obra en el folio 17)	8-11-2013	"(...) Al respecto, a través del medio magnético adjunto, enviamos a su representada el cuadro de evolución semestral del número de conexiones de TV paga correspondientes a los años 2012 y 2013 (primer semestre). En cuanto al envío del cronograma de la entrega de la información por los periodos de 2008, 2009, 2010 y 2011 solicitamos un plazo adicional debido a que hemos presentado dificultades para obtener dicha información." (Sin subrayado en el original)

Adicionalmente, se observa en el folio 21 y 22 del Expediente del PAS, obra copia de la carta C. 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014, en la cual el OSIPTTEL indicó a TELEFÓNICA lo siguiente:

"(...)"

(ii)

Sobre la entrega de información acerca de la evolución semestral de conexiones de TV por cable, según plan y otras características, para el periodo 2008-2013, TMM remitió sólo información parcial, al enviar la información semestral para el periodo 2012-2013⁽⁹⁾, mencionando además, en sus cartas DR-107-C-1415DF-13 y DR-107-C-1418/DF-13, su solicitud de un mayor plazo para remitir la información restante (2008,



2009, 2010 y 2011).

*Al respecto, **habida cuenta de que se trata de un requerimiento reiterativo y considerando el tiempo transcurrido desde su notificación inicial**, mediante la presente se le precisa que dicho requerimiento tiene carácter obligatorio y la información requerida debe ser entregada, en forma completa y según las especificaciones contenidas en el punto (ii) de nuestra carta C.799-GG.GPRC/2013, dentro de un plazo perentorio de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente de recibida la presente.”*

(Sin resaltado en el original)

Como se puede apreciar, de las cartas antes citadas, desde el 27 de setiembre de 2013, el OSIPTEL requirió a TELEFÓNICA la información sobre el cuadro con la evolución semestral (a fin de período) del número de conexiones de TV de Paga, para el período comprendido desde enero de 2008 al primer semestre de 2013; y que, de acuerdo con lo indicado por dicha empresa, el 23 de octubre de 2013 se encontraba realizando las gestiones necesarias para obtener la información requerida, y el 7 de noviembre de 2013 estaba trabajando en el cuadro de evolución semestral.

Así, se tiene que TELEFÓNICA venía efectuando las acciones para entregar la información requerida desde los meses de octubre y noviembre de 2013, habiendo transcurrido hasta la notificación de la carta C. 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014, aproximadamente cinco (5) meses.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que la información requerida a través de la carta C. 117-GG.GPRC/2014, era un requerimiento reiterativo, que considerando el tiempo transcurrido desde que se solicitó dicha información, resultaba razonable el plazo perentorio de veinte (20) días hábiles para que cumpliera TELEFÓNICA con entregar el cuadro de evolución semestral del número de conexiones de TV de Paga que venía trabajando, y que en definitiva tuvo más de seis (6) meses para cumplir con el requerimiento del OSIPTEL.

5.2 Sobre los Principios de Causalidad y Culpabilidad

TELEFÓNICA sostiene que actuó de forma diligente con la intención de cumplir con el requerimiento de información del OSIPTEL, y que cumplió íntegramente con entregar dicha información en los plazos propuestos en el cronograma que presentó.

Asimismo, manifiesta que la información solicitada correspondía hasta de seis (6) años atrás, por lo que comunicó al OSIPTEL que se encontraba desplegando el mayor de sus esfuerzos para recuperar la información de periodos pasados, pese a que considera no tenía la obligación de contar ni resguardar legalmente dicha información por más de tres (3) años, sustentando su posición en lo establecido en el artículo 16° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL⁵ y a la Exposición de Motivos del Reglamento General de Infracciones y Sanciones⁶.

Además, sostiene que el proceso de recuperación, tratamiento y consolidación

⁵ Ley N° 27336

⁶ Aprobada por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL.



consistente de la información que realizó para cumplir con el requerimiento formulado demuestra su voluntad de cumplimiento, por lo que no considera se persista en la intención de imponer una sanción sumamente gravosa frente a las acciones que desplegó.

Agrega TELEFÓNICA que el OSIPTel no ha tenido en cuenta su actuar diligente y el elemento volitivo, lo cual, contraviene los principios de causalidad y culpabilidad regulados en el artículo 246° del TUO de la LPAG, considerando que se debe tener en cuenta lo resuelto en la Resolución Directoral N° 0088-2017-MTC, al tratarse de un caso similar al presente PAS que fue archivado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC.

Al respecto, se debe señalar que el numeral 8. del artículo 246° del TUO de la LPAG, establece con relación al Principio de Causalidad lo siguiente:

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

8. Causalidad.- *La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.*

(...)”

En el presente caso, se observa que la conducta constitutiva de infracción es el incumplimiento a lo dispuesto en el literal a) del artículo 7° del RFIS⁷, referida a no cumplir con la entrega de información obligatoria requerida por el OSIPTel, en un plazo perentorio para su entrega.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que el OSIPTel mediante carta C. 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014, solicitó a TELEFÓNICA la entrega de información relacionada con la evolución semestral del número de conexiones de TV de Paga, correspondiente al periodo 2008-2011, calificando la entrega de dicha información como obligatoria y otorgando un plazo perentorio de veinte (20) días hábiles para su presentación.

Así, se aprecia en la copia del Informe N° 193-GPRC/2014 del 19 de marzo de 2014, que obra en los folios 2 al 5 del Expediente del PAS, que la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC), señaló que TELEFÓNICA no remitió en el plazo perentorio la información obligatoria requerida mediante la carta C. 117-GG.GPRC/2014; configurándose la infracción tipificada en el artículo 7° del RFIS por una conducta completamente atribuible a dicha empresa. Por lo tanto, no se ha vulnerado el Principio de Causalidad.

Asimismo, con relación a la supuesta vulneración del Principio de Culpabilidad, cabe señalar que, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada

⁷ **“Artículo 7.- Incumplimiento de entrega de información**

La Empresa Operadora que, dentro del plazo establecido, incumpla con la entrega de información o entregue información incompleta, incurrirá en infracción grave, siempre que:

- a. *Se hubiera emitido un requerimiento escrito por el OSIPTel que indique la calificación de obligatoria de la entrega de la información requerida, incluyendo el plazo perentorio para su entrega; (...).”*



jurisprudencia⁸, dicho principio, entre otros, constituye un principio básico del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador.

Dicho principio también se encuentra establecido en el numeral 10 del artículo 246º del TUO de la LPAG, que dispone lo siguiente:

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

10. Culpabilidad.- *La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.*

(...)”

Ahora bien, por el Principio de Culpabilidad la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva, no siendo aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable.

En lo que respecta al dolo, o intencionalidad de la conducta, cabe señalar que su ausencia no constituye argumento suficiente para que se concluya que no cometió la infracción tipificada en el artículo 7º del RFIS; toda vez que, para la configuración del tipo infractor no es necesaria la intencionalidad (dolo).

Sin perjuicio de ello, toda vez que en el marco de la responsabilidad subjetiva, la conducta infractora es sancionable también por culpa, es necesario analizar si la referida empresa operadora infringió el deber de cuidado que le era exigible.

De esta manera, se entiende que dicho deber de cuidado está directamente relacionado con la diligencia que los administrados deben tener a efectos de evitar incurrir en un posible incumplimiento, máxime cuando se trata de disposiciones normativas cuyo conocimiento y, por ende, debida observancia, resulta exigible al administrado.

Así, conforme obra en los antecedentes, a través del presente PAS, se le atribuye a TELEFÓNICA haber incurrido en la infracción establecida en el literal a) del artículo 7º del RFIS, al no haber remitido la información obligatoria relacionada con la evolución semestral del número de conexiones de TV de Paga, correspondiente al periodo 2008-2011, en el plazo perentorio para su entrega.

Cabe señalar que TELEFÓNICA reconoce que dicha entrega de información obligatoria fuera del plazo perentorio se produjo, es decir, que el hecho que configura la infracción se produjo; no obstante, argumenta que el plazo que el OSIPTEL otorgó para entregar la información era insuficiente.

Sobre el particular, cabe precisar que la responsabilidad por el cumplimiento de la entrega de la información prevista en el artículo 7º del RFIS, se encuentra a cargo de las empresas operadoras.

⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los expedientes Nº 2050-2002-AA/TC (fundamento Nº 8) y Nº 2192-2004-AA /TC



En ese sentido, se debe tener en cuenta que la información requerida a TELEFÓNICA mediante la carta C. 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014, había sido previamente solicitada con carta C. 799-GG.GPRC/2013, notificada el 27 de setiembre de 2013.

Así, se advierte que desde el 27 de setiembre de 2013, TELEFÓNICA tenía conocimiento que debía presentar la información requerida, la cual, fue aplazando su entrega porque indicó que venía trabajando en el cuadro de evolución semestral del número de conexiones de TV de Paga.

De esta manera, la información requerida a través de la carta C. 117-GG.GPRC/2014 no se trataba del requerimiento de nueva información, sino de un reiterativo; por lo tanto, TELEFÓNICA debió adoptar las medidas al interior de su organización para cumplir con dicha obligación, más aún cuando dicha empresa antes de la notificación de la carta antes citada, indicó que se encontraba trabajando para entregar la información requerida, habiendo transcurrido entre la notificación de la carta C. 799-GG.GPRC/2013 y la notificación de la carta C. 117-GG.GPRC/2014 aproximadamente cinco (5) meses.

En este sentido, toda vez que TELEFÓNICA no adoptó una conducta diligente para entregar la información obligatoria relacionada al cuadro de evolución semestral del número de conexiones de TV de Paga, correspondiente al período de 2008 al 2011, se configura la responsabilidad subjetiva. Por lo tanto, no se ha vulnerado el Principio de Culpabilidad.

Ahora bien, con relación a la antigüedad de la información requerida, se advierte que inicialmente mediante la carta C. 799-GG.GPRC/2013, notificada el 27 de setiembre de 2013, se solicitó a TELEFÓNICA entregue la información para el período comprendido de enero de 2008 hasta el primer semestre del año 2013, y mediante carta C. 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014, se reiteró a esta empresa cumpla con la entrega de la información para el período comprendido del 2008 al 2011.

Así, de acuerdo con el requerimiento formulado a TELEFÓNICA, dicha empresa debía conservar la información por un período de al menos tres (3) años que establece el artículo 16° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTel (en adelante, LDFF), es decir, la información del segundo semestre del año 2010 al primer semestre del año 2013.

En ese sentido, en el presente caso, se debe tener en cuenta que el requerimiento de información por los años 2008, 2009 y primer semestre del 2010, no deben ser considerados en el análisis del comportamiento de TELEFÓNICA en el presente PAS, debiendo solo considerarse la oportunidad de la entrega de información del año 2011 y segundo semestre del año 2010 en la determinación de la sanción.

Asimismo, cabe precisar con relación a la Resolución Directoral N° 0088-2017-MTC/29 emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC, que el caso analizado en dicha resolución, se refiere al procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa operadora, porque habría incurrido en la infracción tipificada en el numeral 10) del artículo 88° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, referido a "negarse a facilitar información".



Al respecto, se aprecia en este caso, que el MTC consideró que la empresa operadora explicó los motivos por los cuales demostraba que no se estaba negando a entregar la información solicitada, entre los cuales indicó que por dificultades técnicas no podía entregar la información como había sido requerida y acordó con dicho Ministerio mecanismos alternativos para cumplir con el requerimiento, lo cual, es un análisis distinto al considerado en el presente PAS.

En efecto, en el presente PAS se advierte que TELEFÓNICA no entregó la información requerida, pese a que antes del requerimiento obligatorio y con plazo perentorio establecido en la carta C. 117-GG.GPRC/2014, había sido requerida con una anterioridad de aproximadamente cinco (5) meses; y durante ese tiempo, TELEFÓNICA indicó que se encontraba trabajando para entregar dicha información, habiendo solicitado prórrogas de plazo y ofrecido un cronograma de entrega que no presentó.

En ese sentido, se advierte que el análisis de la resolución emitida por el MTC difiere del realizado en el presente PAS, al tratarse de circunstancias distintas las ocurridas en cada caso que no es posible compararlas.

5.3 Respecto a la supuesta vulneración de la Petición Administrativa y al Principio de la Buena Fe Procedimental

TELEFÓNICA señala que las cartas N° DR-107-C-0156-DF-14 y DR-107-C-0174-DF-14 son medios probatorios idóneos para dilucidar el presente caso, al considerar que lo indicado en dichas cartas demuestran las complicaciones que tuvo para la recolección de la información solicitada, el esfuerzo que realizó para el cumplimiento de lo requerido por el OSIPTTEL, y que el plazo propuesto en su cronograma era el que realmente necesitaba para entregar la información.

Así, sostiene que las precitadas comunicaciones al no haber sido respondidas por la GSF han generado un vicio en el PAS que acarrea su nulidad, toda vez que el derecho a la petición administrativa y al debido procedimiento se han visto vulnerados.

Asimismo, manifiesta que el derecho de petición amparado por la Constitución y por el artículo 115° del TUO de la LPAG, se debe tener en cuenta que es de observancia obligatoria para todos los poderes del Estado, el cual consiste en el derecho de toda persona de formular peticiones por escrito ante la autoridad competente y a recibir respuesta motivada de la Administración por escrito y dentro del plazo legal.

Agrega TELEFÓNICA, que el OSIPTTEL inició el presente PAS, sin haberle otorgado la oportunidad de corregir su actuación y sin haberle dado atención a la propuesta de su cronograma de cumplimiento, lo cual, considera además una trasgresión al Principio de Buena Fe Procedimental.

Al respecto, como se ha indicado anteriormente, mediante carta C. 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014, el OSIPTTEL reiteró a TELEFÓNICA entregue la información relacionada con la evolución semestral del número de conexiones de TV de Paga, correspondiente al período del 2008 al 2011, requerida mediante la carta C.799-GG.GPRC/2013, notificada el 27 de setiembre de 2013.



Sobre el particular, se advierte que el requerimiento de la carta C. 117-GG.GPRC/2014, se emitió luego que TELEFÓNICA tenía conocimiento desde el mes de setiembre de 2013, que debía entregar dicha información, la cual indicó venía trabajando, ofreciendo presentar un cronograma de entrega el viernes 8 de noviembre de 2013, que no presentó.

Así, mediante la precitada carta se indicó a TELEFÓNICA que la información requerida tenía carácter obligatorio y que se debía presentar en un plazo perentorio de veinte (20) días hábiles.

Cabe precisar, que el Diccionario de la lengua española, define la palabra perentorio como "Concluyente o definitivo", por lo que era claro que el plazo otorgado a TELEFÓNICA era improrrogable.

En ese sentido, TELEFÓNICA debió presentar la información requerida el 14 de marzo de 2014, no obstante, en dicha fecha presentó la carta DR-107-C-0156-DF-14, en la cual indicó que debido a una descoordinación interna no recibieron el requerimiento oportunamente y que no podía entregar la información solicitada, ofreciendo presentar un cronograma para entregar dicha información, el mismo que presentó mediante la carta DR-107-C-0174-DF-14 de fecha 21 de marzo de 2014.

Como se puede apreciar, TELEFÓNICA presentó las cartas antes indicadas, a pesar de conocer que el plazo para la presentación de la información requerida era definitivo (perentorio) y que venció el 14 de marzo de 2014.

De esta manera, TELEFÓNICA no puede argumentar haber tenido una expectativa de respuesta por parte de la administración, para dar o no cumplimiento a su obligación de remitir la información requerida en el plazo, si justamente el día en que venció el plazo, es cuando presentó su supuesta solicitud de enviar un cronograma.

Es de resaltar que la descoordinación interna a la que hace referencia TELEFÓNICA en su carta DR-107-C-0156-DF-14, no hace más que denotar la falta de diligencia y cuidado para la atención del requerimiento del regulador, que data de setiembre de 2013.

Por tanto, teniendo en cuenta que TELEFÓNICA presentó un cronograma para la entrega de la información requerida conociendo que el plazo para presentar dicha información era improrrogable, se considera que dicha circunstancia no vulnera el derecho constitucional a la petición administrativa ni el Principio de Buena Fe Procedimental.

5.4 Respecto a la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad

TELEFÓNICA señala que el inicio del PAS vulneró el Principio de Razonabilidad, al no haber tenido en cuenta lo siguiente:

- La cantidad de información solicitada, referida a información de hasta seis (6) años anteriores a la fecha que se formuló el requerimiento.



- La complejidad para el procesamiento de la información.
- El inicio del procedimiento para recuperar la información solicitada, sin considerar tener la obligación legal de guardar dicha información.
- Su disposición para dar cumplimiento a la solicitud de información, a pesar de que la misma recaía sobre un servicio que no estaba sujeto al régimen regulado de tarifas.
- Un plazo apropiado para adecuar sus sistemas y recursos humanos para la obtención de la data, como ocurre con los requerimientos de información periódica.
- No tener incentivos para no remitir la información requerida.
- Mediante Carta TP-AG-GGR-1744-15, del 3 de julio de 2015, señaló que realizó una serie de mejoras en el proceso de generación de reportes y entrega de información.

Asimismo, TELEFÓNICA considera, refiriéndose a los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, que lo resuelto por la Primera Instancia al determinar la sanción, tiene un razonamiento aparente por lo siguiente:

- i) Respecto al beneficio ilícito se hace alusión al costo evitado, sin embargo, considera que no existe sustento alguno para sostener que habría obtenido algún tipo de beneficio por la remisión tardía de la información requerida. Así, considera que el Regulador no puede soslayar que -dada la complejidad y la magnitud de la información requerida y que fuera finalmente remitida- los plazos propuestos por el OSIPTEL resultaban irreales e insuficientes.
- ii) Respecto a la probabilidad de detección de la infracción, sostiene que ante una infracción con probabilidad de detección alta, la autoridad no puede tomar este criterio como referencia para agravar la sanción impuesta.
- iii) Respecto de la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, sostiene que no resulta legal que la sancionen por el no cumplimiento de plazos establecidos de manera unilateral por el OSIPTEL, sin tomar en consideración los tiempos que eran imprescindibles para recopilar y enviar la información.

Asimismo, señala que la Primera Instancia no puede pretender justificar la incoación del presente PAS tomando como base un supuesto perjuicio a las labores que legalmente tienen que ser desempeñadas por cada uno de los órganos del OSIPTEL, considerando que en este sentido se ha pronunciado el Consejo Directivo del OSIPTEL en la Resolución N° 030-2014-CD/OSIPTEL.

Además, considera que no puede afectarse al mercado por la supuesta comisión de la infracción consistente en no remitir información oportunamente, en la medida que no tiene la condición establecida en la Resolución N° 044-2016-CD/OSIPTEL, respecto a la Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado N° 35: Acceso Mayorista al Servicio de Televisión de Paga y su Exposición de Motivos, en el mercado de televisión de paga, por lo que considera que la información que no habría sido enviada en los plazos establecidos tampoco era determinante para concluir en la



necesidad de intervenir dicho mercado a través del establecimiento de un régimen regulado de tarifas.

- iv) Respecto a las circunstancias de la comisión de la infracción, sostiene que lo señalado en este criterio por la Primera Instancia es ilegal, debido a que se sanciona la no remisión de información oportuna requerida a través de la carta N° C.117-GG.GPRC/2014 y no con la carta N° C. 799-GG.GPRC/2013; considerando que el OSIPTEL no puede usar como sustento para agravar la sanción que la empresa habría tenido conocimiento del requerimiento de información con anterioridad.

Asimismo, señala que el OSIPTEL no puede sostener que habría actuado negligentemente, puesto que esta ha dirigido todos sus esfuerzos al cumplimiento del íntegro de las regulaciones impuestas, demostrando su plena disposición para remitir la información en tiempos reales.

- v) Respecto al perjuicio económico causado, la reincidencia en la comisión de la infracción y la existencia o no de intencionalidad en la conducta infractora, señala que no han sido comprobados en el presente caso, habiendo demostrado su disposición para la entrega de información, la misma que se cumplió en su integridad.

Además, TELEFÓNICA señala que se debe tener presente que el servicio de televisión de paga es un servicio no regulado, que constituye un desincentivo para la competencia y no tiene un sustento cierto que su representada es la empresa incumbente en el mercado de televisión de paga.

En ese sentido, TELEFÓNICA requiere reevaluar los criterios de graduación, porque considera no se encuentran debidamente fundamentados como lo exige la legislación y ha sido confirmado por el Poder Judicial a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 5539-2014 resuelto por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo. Así, solicita que se imponga la multa mínima y que sobre la base de esa multa mínima se aplique los atenuantes analizados en la resolución impugnada.

Sobre el particular, de conformidad con lo establecido en el numeral 1.4. del artículo IV. del TUO de la LPAG⁹, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos, establece que las decisiones de la autoridad administrativa cuando califiquen infracciones e impongan sanciones, 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.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos

⁹ "Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, 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."



sancionadores, establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Así, señala que las sanciones a ser aplicadas deben ser **proporcionales** al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios de graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

En ese sentido, teniendo en consideración que el Tribunal Constitucional¹⁰ ha establecido que el Principio de Proporcionalidad está estructurado por tres sub principios: (i) Idoneidad o de adecuación; (ii) Necesidad, y ; (iii) Proporcionalidad en sentido estricto; corresponde evaluar si la Primera Instancia aplicó debidamente dichos sub principios, a efectos de determinar la sanción administrativa.

Además, a efectos de determinar si se afectó el Principio de Razonabilidad asociado al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, corresponde analizar si la sanción administrativa, por la infracción establecida en el artículo 7° del RFIS, fue impuesta considerando los criterios de graduación establecidos en el artículo 246 del TUO de la LPAG.

Al respecto, cabe señalar que la Primera Instancia sí cumplió con evaluar debidamente los sub principios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), a efectos de determinar la sanción administrativa tal como se resume a continuación:

- Con relación al juicio de idoneidad o adecuación, se advierte que la Primera Instancia sustentó que el objetivo y finalidad de la intervención del ente regulador es el tener un efecto disuasivo en la conducta de TELEFÓNICA a fin que adopte medidas necesarias para dar cumplimiento oportuno de los requerimientos de información, toda vez que remitir información fuera del plazo incide directamente en el desempeño de la función reguladora del OSIPTEL, por lo que la finalidad del presente PAS es que dicha empresa adecue su comportamiento a efectos de reportar oportunamente la información requerida. En ese sentido, se considera que se cumple el juicio de idoneidad o adecuación.
- Con relación al juicio de necesidad, se precisó que la información materia de controversia se está requiriendo desde el mes de setiembre de 2013 - aproximadamente cinco (5) meses anteriores al inicio del PAS- y pese a la reiteración del requerimiento TELEFÓNICA no cumplió con la entrega de la información, por lo que resulta necesario el inicio de un procedimiento

¹⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los Expedientes N° 00535-2009-PA/TC, N° 00034-2004-AI/TC y N° 045-2004-PI/TC.



administrativo sancionador a fin que dicha empresa cumpla con esta obligación. En este sentido, se considera que se cumple el juicio de necesidad.

- Con relación al análisis de proporcionalidad, se precisó que teniendo en cuenta que la información requerida a TELEFÓNICA resulta necesaria para conocer y analizar los factores que inciden en los cambios tarifarios que afectan a los consumidores de los servicios públicos de telecomunicaciones y su necesidad de regulación por parte del OSIPTEL, resulta razonable y proporcional, se adopte una medida que tenga el rigor suficiente para lograr que TELEFÓNICA cumpla con remitir de manera oportuna la información requerida por el OSIPTEL. Así, se señala que entre los factores que se consideraron para iniciar el presente PAS, se tiene que la entrega no oportuna de la información, retrasa el análisis y evaluación de dicho servicio por parte del OSIPTEL, así como la posible intervención dependiendo si los resultados de dicho análisis muestran ausencia de competencia efectiva en el mercado. En ese sentido, se considera que la medida a imponer es proporcional con el bien jurídico tutelado.

Por tanto, de conformidad con los fundamentos expuestos, se considera que en el análisis de la Primera Instancia no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad.

Adicionalmente, se advierte que la Primera Instancia estableció el monto de la multa en ochenta (80) UIT, teniendo en consideración los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG y, posteriormente fue modificada, reduciéndola a cincuenta y seis (56) UIT, considerando los factores atenuantes de responsabilidad previstos en el artículo 18° del RFIS, referidos a que (i) cesó la conducta infractora, (ii) no se advirtió que la conducta infractora haya generado efectos y que estos no fueran reversibles, y (iii) TELEFÓNICA estaría implementando medidas para asegurar no repetir la conducta infractora.

Al respecto, en el análisis de los criterios de graduación realizado por la Primera Instancia y los fundamentos de TELEFÓNICA, se debe señalar lo siguiente:

- i) En cuanto al criterio del beneficio ilícito obtenido, cuestionado por TELEFÓNICA cabe señalar que este se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

Caso contrario, se crearía un desincentivo al cumplimiento de las empresas operadoras que sí invierten en el cumplimiento de la normativa, al advertir que los infractores no son sancionados considerando aquellas conductas –e inversiones–, que debieron efectuar para dar cumplimiento a la norma.

Así, la Primera Instancia ha tenido en cuenta que el beneficio resultante de la comisión de la infracción por parte de TELEFÓNICA, se encuentra



representado por los costos evitados, es decir aquellos costos involucrados en todas aquellas actividades y medidas que debió desplegar dirigidas a cumplir con remitir información de manera oportuna al OSIPTEL.

Sobre el particular, se advierte que la información requerida mediante carta 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014, era un requerimiento de información reiterativo para TELEFÓNICA, toda vez que desde la remisión de la carta C. 799-GG.GPRC/2013, notificada el 27 de setiembre de 2013, tuvo conocimiento que debía entregar dicha información al OSIPTEL.

En ese sentido, el plazo que a través de la carta 117-GG.GPRC se otorgó a TELEFÓNICA para que entregue la información requerida, resultaba razonable, en la medida que dicha empresa mediante cartas DR-107-C-1358DF-13¹¹, recibida el 23 de octubre de 2013, y DR-107-C-1375DF13¹², recibida el 30 de octubre de 2013, comunicó que se encontraba trabajando y procesando la información requerida, para lo cual, desde el 27 de setiembre de 2013 al 14 de febrero de 2014 habían transcurrido aproximadamente cinco (5) meses, sin embargo, al no cumplir TELEFÓNICA con entregar la información en el plazo perentorio que se le otorgó, obtuvo un beneficio ilícito por la comisión de la infracción, representado por los costos que evitó, más aún cuando de la información requerida se encontraba obligada a resguardar la correspondiente al año 2011 y al segundo semestre del 2010.

- ii) Respecto a la probabilidad de detección de la infracción, cuestionado por TELEFÓNICA, se advierte que contrario a lo señalado por dicha empresa, la Primera Instancia no tuvo en cuenta este criterio para agravar la sanción impuesta.
- iii) Con relación a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, cuestionado por TELEFÓNICA, se debe manifestar que este se sustenta en lo indicado en el Informe N° 193-GPRC/2014 del 19 de marzo de 2014, en el cual se señala que resulta necesario conocer y analizar los factores que inciden en los cambios tarifarios respecto al servicio de Televisión por Cable que afectan a los consumidores de los servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que, la no entrega de información por parte de TELEFÓNICA retarda la evaluación y análisis de dicho servicio por parte del OSIPTEL.

Al respecto, se debe manifestar con relación a la Resolución N° 030-2014-CD/OSIPTEL del Consejo Directivo del OSIPTEL, citada por TELEFÓNICA, que en dicha resolución se indicó que no se considera como circunstancia agravante un presunto perjuicio al OSIPTEL, derivado de las distintas acciones de supervisión que tuvo que realizar el Organismo Regulador para la verificación del cumplimiento del marco normativo por parte de TELEFÓNICA, porque el ejercicio de la función supervisora del OSIPTEL constituye una de las tareas que justifican la existencia de este organismo.

Sobre el particular, se advierte que la circunstancia agravante analizada en la precitada resolución es distinto al efectuado en el presente PAS, en la medida

¹¹ Copia de esta carta obra en el folio 13 del Expediente del PAS.

¹² Copia de esta carta obra en el folio 12 del Expediente del PAS.



que en este caso no se está considerando como agravante el hecho que el OSIPTEL haya tenido que realizar distintas acciones de supervisión para verificar el cumplimiento de TELEFÓNICA, sino, la conducta de dicha empresa al no haber presentado la información requerida oportunamente, afectando la función reguladora del OSIPTEL.

Asimismo, respecto a los argumentos de TELEFÓNICA, relacionados con la Resolución N° 044-2016-CD/OSIPTEL, cabe indicar que la afectación a la que se ha referido la Primera Instancia, es la relacionada a la función reguladora del OSIPTEL y no a la afectación del mercado.

- iv) Con relación a las circunstancias de la comisión de la infracción, se debe señalar que la información solicitada en la carta C. 799-GG.GPRC/2013, notificada el 27 de setiembre de 2013, relacionada con la evolución semestral del número de conexiones de TV de Paga, correspondientes al período 2008 al 2011, es la misma información solicitada mediante la carta C. 117-GG.GPRC/2014, notificada el 14 de febrero de 2014.

En ese sentido, si bien el presente PAS se inicia con la carta C. 117-GG.GPRC/ 2014, lo cierto es, que no se puede dejar de considerar en la circunstancias de la comisión de la infracción, que dicha carta era un reiterativo de la información requerida a través de la carta C. 799-GG.GPRC/2013.

- v) Con relación al perjuicio económico causado, la reincidencia en la comisión de la infracción y la existencia o no de intencionalidad en la conducta infractora, solo se advierte que TELEFÓNICA enfatiza que dichos criterios no han sido comprobados en el presente caso, lo cual, solo confirma lo resuelto por la Primera Instancia.

Ahora bien, es claro que TELEFÓNICA trasgredió el literal a) del artículo 7° del RFIS, al haber entregado información obligatoria fuera del plazo perentorio otorgado, no obstante, se considera que la sanción multa base impuesta debió ser el límite mínimo para las infracciones graves, es decir cincuenta y uno (51) UIT, teniendo en cuenta:

- El análisis de los criterios de graduación realizado por la Primera Instancia.
- La información requerida a TELEFÓNICA que solo estaba obligada a resguardar la correspondiente al 2011 y al segundo semestre del 2010, y no así la correspondiente al 2008, 2009 y primer semestre de 2010.
- La información remitida después del inicio del PAS, GPRC la analizó e indicó mediante Memorándum N° 268-GPRC/2014 que con dicha información era factible llevar a cabo el análisis planificado sin afectar de manera significativa la calidad de las estimaciones.

Por tanto, de conformidad con los fundamentos expuestos, se considera que debe modificarse la sanción impuesta de cincuenta y seis (56) UIT a treinta y cinco punto siete (35.7) UIT, teniendo en cuenta la aplicación de los atenuantes de responsabilidad previstos en el artículo 18° del RFIS que, acorde al análisis de la Resolución N° 222-2017-GG/OSIPTEL, llevaron a reducir la multa base en un treinta por ciento (30%); por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 7° del RFIS.



VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33° de la LDFF, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 7° del RFIS, corresponderá publicar la resolución que expida dicho Colegiado.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C. contra la Resolución N° 222-2017-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, modificar la sanción multa de cincuenta y seis (56) UIT a treinta y cinco punto siete (35.7) UIT, impuesta por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 7° del RFIS.

