



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N°100-2019-CD/OSIPTEL

Lima, **08 AGO. 2019**

EXPEDIENTE N°	:	00039-2015-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 124-2019-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFONICA) contra la Resolución N° 124-2019-GG/OSIPTEL, mediante la cual se declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 304-2017-GG/OSIPTEL, a través de la cual se sancionó con una multa de ciento cuarenta y dos con 50/100 (142.5) UIT.
- (ii) El Informe N° 173-GAL/2019 del 5 de agosto de 2019, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y
- (iii) El Expediente N° 00039-2015-GG-GFS/PAS y el Expediente de Supervisión N° 182-2015-GG-GFS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante carta N° 1212-GFS/2015, notificada el 1 de julio de 2015, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización¹ (en adelante, GSF) comunicó a TELEFONICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado que se habría entregado información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I, para el Trimestre Junio – Agosto 2015; lo cual se encuentra tipificado como infracción grave en el artículo 9 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones² (en adelante, RFIS).

Conviene precisar que la información inexacta fue remitida a través de la carta N° TP-AR-AER-1079-15, y está referida al número de líneas de telefonía fija de abonado del Plan "Líneas Clásicas Empresariales" de enero, febrero y marzo de 2015.

1.2. El 15 de julio de 2015, TELEFÓNICA remitió sus descargos mediante carta N° TP-AG-GGR-1838-15; y posteriormente, fue ampliado a través de la carta N° TP-AG-GGR-2994-15 de fecha 3 de noviembre de 2015.

¹ 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.

² Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL



- 1.3. El 3 de enero de 2017, mediante carta N° 014-GFS/2017, la GSF remitió a TELEFÓNICA copia del Informe N° 964-GFS/2016, en el que se analiza los descargos presentados por dicha empresa; otorgándole un plazo para la formulación de sus descargos, de estimarlo pertinente.
- 1.4. A través de la carta N° TP-0055-AG-GGR-17 recibida el 10 de enero de 2017, TELEFONICA presentó sus descargos al Informe N° 964-GFS/2016.
- 1.5. Mediante Resolución N° 304-2017-GG/OSIPTEL³ del 19 de diciembre de 2017, la Primera Instancia sancionó a TELEFÓNICA con una multa de ciento cuarenta y dos con 5/100 (142.5) UIT.
- 1.6. El 15 de enero de 2018, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 304-2017-GG/OSIPTEL, presentando como nueva prueba Resoluciones emitidas por la Gerencia General y el Consejo Directivo.
- 1.7. Posteriormente, TELEFÓNICA remitió alegatos adicionales a través de la carta N° TDP-2494-AR-ADR-18 de fecha 8 de agosto de 2018.
- 1.8. Mediante Resolución N° 124-2019-GG/OSIPTEL⁴, del 7 de junio de 2019, la Gerencia General resolvió declarar infundado en parte el Recurso de Reconsideración.
- 1.9. Con fecha 2 de julio de 2019, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (en adelante, TUO de la LPAG)⁵, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos por los que TELEFÓNICA considera que la resolución impugnada debe revocarse, son:

- 3.1. Se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, en tanto la conducta por la cual ha sido sancionada no corresponde al incumplimiento del artículo 9 del RFIS, sino al artículo 7.
- 3.2. No se habría cumplido con indicar cuál es la información inexacta; por lo que, a su entender, se estaría vulnerando el Derecho a la Debida Motivación.
- 3.3. La aprobación de la propuesta trasladada por TELEFÓNICA involucra el proceso de revisión y análisis de la información que configuró la misma; por lo que la imposición de la sanción configura una afectación a los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe Procedimental y Predictibilidad.

³ Notificada el 20 de diciembre de 2017, a través de carta N° 619-GCC/2017

⁴ Notificada el 11 de junio de 2019, a través de carta N° 283-GCC/2019

⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



- 3.4. En tanto el OSIPTEL aprobó el procedimiento de ajuste tarifario, se configuró el eximente de responsabilidad de error inducido por la administración.
- 3.5. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, porque no se realizó un adecuado análisis de los criterios para graduar la sanción, y tampoco la posibilidad de imponer una medida menos gravosa.

IV. ANALISIS DEL RECURSO:

A continuación, se analizarán los argumentos de TELEFÓNICA:

4.1. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad

TELEFÓNICA refiere que en la carta de imputación de cargos se indica que se habría cometido una infracción al artículo 9 del RFIS, en tanto excluyó información referida al proceso de ajuste tarifario.

Sin embargo, a consideración de TELEFÓNICA, el supuesto de exclusión de información no se encuentra tipificado en el artículo 9 del RFIS, el cual sanciona la entrega de información inexacta, sino en el artículo 7 del RFIS que está referido al envío de información incompleta.

Por ello, TELEFÓNICA precisa que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, en tanto los hechos no calzarían en el artículo que sanciona la remisión de información inexacta.

Sobre ello, conviene precisar que conforme establece el numeral 4⁶ del artículo 248 del TUO de la LPAG, el Principio de Tipicidad exige que exista coincidencia entre la conducta descrita por la norma y el hecho sujeto a calificación, dado que en el procedimiento sancionador está proscrita la interpretación extensiva de los tipos.

En atención a ello, de la información obrante el expediente, se advierte que a través de la carta N° 1212-GFS/2015 se comunicó a TELEFÓNICA el inicio del procedimiento administrativo sancionador, al haber verificado que habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 9 del RFIS, toda vez que remitió información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I (Trimestre Junio – Agosto 2015).

Ahora bien, la información inexacta remitida por TELEFÓNICA está referida a la cantidad de servicios correspondientes al Plan “Líneas Clásicas Empresariales” comunicados al OSIPTEL a través de la carta N° TP-AR-AER-1079-15 de fecha 29 de abril de 2015.

Cabe indicar que, en el Formato N° 2-A, adjunto a la referida carta, TELEFÓNICA informó las siguientes cantidades:

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

4.- Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. (...)



**"PROPUESTA TARIFARIA
CANASTA D**

**CANASTA D
PAGO FIJO MENSUAL POR PRESTACIÓN DE CONEXIÓN Y LLAMADAS LOCALES
INDICADORES DE CONSUMO DE RENTA MENSUAL**

FORMATO N° 02-A

ELEMENTOS TARIFARIOS	MES 1 ENERO			MES 2 FEBRERO			MES 3 MARZO		
	LIMA	RESTO DEL PERU	TOTAL PERU	LIMA	RESTO DEL PERU	TOTAL PERU	LIMA	RESTO DEL PERU	TOTAL PERU
Líneas Clásicas Empresariales	14,675	10,724	25,399	14,814	10,677	25,491	14,696	10,632	25,328

(...)"

Sin embargo, tal como se indica en el Informe N° 667-GFS/2015, que sustenta la imputación de cargos, luego de la supervisión efectuada sobre la información de los indicadores de consumo correspondientes al ajuste trimestral de tarifas correspondiente a Junio – Agosto de 2015, la GSF concluyó que la información del referido Plan "Líneas Clásicas Empresariales", era la siguiente:

CANASTA D PAGO FIJO MENSUAL POR PRESTACIÓN DE CONEXIÓN Y LLAMADAS LOCALES INDICADORES DE CONSUMO DE RENTA MENSUAL						
ELEMENTOS TARIFARIOS	ENERO 2015		FEBRERO 2015		MARZO 2015	
	Diferencia ⁽¹⁾					
	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%
Líneas Clásicas Empresariales	26.081	50,66	27.896	52,25	27.802	52.33

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

En ese sentido, a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA, no existe vulneración al Principio de Tipicidad, toda vez que la conducta imputada –entrega de información inexacta- si corresponde a la tipificación del artículo 9 del RFIS.

4.2. Sobre la supuesta vulneración al Derecho a la Debida Motivación

TELEFÓNICA señala que en el procedimiento administrativo sancionador no se ha demostrado que la información presentada es inexacta. Agrega que, tampoco se ha indicado cual es la información considerada como exacta.

Sobre el particular, es importante señalar que el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, entre las garantías comprendidas dentro del Principio del Debido Procedimiento, se encuentra el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Por su parte, el artículo 3 del TUO de la LPAG⁷, dispone que el acto administrativo debe ostentar, entre otros requisitos de validez, el de la motivación, la cual debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y

⁷ "Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)"



normativas que con referencia directa a las anteriores justifican el acto adoptado. Se establece además que no se admite como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

Al respecto, a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA, este Consejo Directivo advierte que en el Informe N° 667-GFS/2015, la GSF ha sustentado que la inexactitud de la información relativa a la cantidad de servicios correspondientes al Plan “Líneas Clásicas Empresariales” remitida a través de la carta N° TP-AR-AER-1079-15.

En efecto, en el referido informe se indica que como parte de la supervisión realizada, la GSF solicitó a TELEFÓNICA la información que sustenta los indicadores de consumo de los servicios de categoría I presentados con ocasión del ajuste tarifario; la cual fue remitida a través de la carta N° TP-AF-GTR-1632-15 de fecha 19 de junio de 2015, y es, precisamente, del análisis de dicha información que la GSF concluye que la información sobre el Plan “Líneas Clásicas Empresariales” no es exacto.

Teniendo en cuenta lo señalado, se concluye que no se ha vulnerado el Deber de Motivación ni el Derecho al Debido Procedimiento de TELEFÓNICA.

4.3. Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe Procedimental y Predictibilidad

TELEFÓNICA refiere que, la aprobación de la propuesta de ajuste tarifario presentada, a su entender, ello implica no solo la aprobación en sí misma, sino también todo el proceso de revisión y análisis de la información que configuró la propuesta.

En atención a ello, TELEFÓNICA considera que la imposición de una sanción por la información respecto de la cual ya se habría mostrado su conformidad, vulneraría los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe Procedimental y Predictibilidad.

Al respecto, el numeral III del Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, el Instructivo de Tarifas), aprobado por Resolución N° 048-2006-CD/OSIPTEL, establece la obligación a TELEFÓNICA de conservar la información de sustento de su solicitud de ajuste para revisión por parte del OSIPTEL.

“(…)”


II. SUPERVISIÓN DE LA INFORMACIÓN REMITIDA

La sola presentación de la Solicitud de Ajuste por parte de la empresa concesionaria, implicará que toda la información de sustento correspondiente se encuentre disponible para su revisión por parte del OSIPTEL, así como los archivos fuente de programas informáticos que hayan servido para procesar la misma. En ese sentido, en cada auditoría que se realice, la empresa concesionaria permitirá al OSIPTEL el acceso a toda aquella información que soporte el contenido de la Solicitud referida.

“(…)”



Asimismo, en el Informe N° 190-GPRC/2015 que sustenta la aprobación del ajuste tarifario realizado a través de la Resolución N° 051-2015-CD/OSIPTTEL, se ha precisado que la información de sustento remitida por TELEFÓNICA podría ser supervisada por el OSIPTTEL, tal como se advierte a continuación:

	DOCUMENTO	N° 190-GPRC/2015
	INFORME	Página : Página 10 de 15

Además, debe quedar entendido que el OSIPTTEL, en ejercicio de sus funciones legales, podrá efectuar las acciones de supervisión correspondientes respecto de la información de sustento remitida por Telefónica, conforme a lo establecido por la normativa vigente.

En ese sentido, en atención a la función supervisora establecida en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL, dicho organismo se encuentra facultado a realizar supervisiones para verificar la autenticidad de la información que es remitida por las empresas operadoras, en este caso para el procedimiento de ajuste tarifario.

Por lo tanto, la aprobación de la propuesta de ajuste tarifario presentada por TELEFÓNICA, no implica que haya sido validada la información que sustenta dicha propuesta.

En consecuencia, a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA, no existe vulneración a los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe Procedimental y Predictibilidad.

4.4. Sobre la configuración del eximente de responsabilidad

TELEFÓNICA indica que se habría configurado el eximente de responsabilidad al haber sido inducida a error por parte de la Administración, en el entendido que con la aprobación del procedimiento de ajuste tarifario por parte del OSIPTTEL, se habría dado conformidad al cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, conviene señalar que el literal e) del artículo 257 del TUO de la LPAG establece que una condición eximente de la responsabilidad por la comisión de una infracción es el error inducido por la administración.

Ahora bien, a diferencia de lo señalado por TELEFÓNICA, este Consejo Directivo considera que el eximente “error inducido por la administración” se configura cuando el administrado obra de un modo determinado a partir de las expectativas que le genera las actuaciones la administración pública.

Ello, no sucede en el presente caso, en tanto que la emisión de la Resolución N° 051-2015-CD/OSIPTTEL está vinculada a la fijación del factor de control aplicable para el Ajuste Trimestral de Tarifas Tope, y no sobre la modalidad para el envío de información que sustente la solicitud de ajuste, el cual se encuentra regulado en el Instructivo de Tarifas.

Complementariamente ello, tal como se indicó en el numeral 4.3 de la presente Resolución, en el Informe N° 190-GPRC/2015 que sustenta la Resolución N° 051-2015-CD/OSIPTTEL, se ha precisado que la información de sustento remitida por TELEFÓNICA podría ser supervisada por el OSIPTTEL.



Por último, debe tenerse en cuenta que la conducta infractora de TELEFÓNICA se configuró con el envío de información realizada a través de la carta N° TP-AR-AER-1079-15 de fecha 29 de abril de 2015, es decir con anterioridad a la fecha en que el OSIPTEL emitió la Resolución N° 051-2015-CD/OSIPTEL.

Por lo señalado, al no haberse configurado el eximente de responsabilidad, no corresponde eximir de responsabilidad a TELEFÓNICA.

4.5. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

TELEFÓNICA señala que la Primera Instancia no realizó un adecuado análisis de los criterios para graduar la sanción, y tampoco la posibilidad de imponer una medida menos gravosa.

En cuanto a lo alegado por TELEFÓNICA, es oportuno recordar que la aplicación de las comunicaciones preventivas o medidas de advertencia resulta posible durante el procedimiento de supervisión, conforme al Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL. Esto es, no es factible imponer una medida de tal naturaleza, una vez dispuesto el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Ahora, sobre la posibilidad de imponer una medida correctiva, debe recordarse a la empresa operadora que no cumplió con remitir la información veraz sobre la cantidad de servicios correspondientes al Plan “Líneas Clásicas Empresariales” comunicados al OSIPTEL, la cual es utilizada por el OSIPTEL para fijar el valor del Factor de Control Aplicable para el Ajuste Trimestral de Tarifas Tope de los Servicios de Categoría I, y con ello adoptar las medidas necesarias que permitan garantizar la reducción –en términos reales- de la tarifa tope promedio ponderada.

Complementariamente, a través del Memorando N° 238-GPRC/2017, la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, señala que existió una afectación en tanto se aplicó una menor reducción tarifaria.

De otro lado, de conformidad con lo establecido en el numeral 1.4 del artículo IV del TUO de la LPAG⁸, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos, 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 248 del TUO de la LPAG, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos 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.

8 “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.”



Así, debe considerarse que la sanción administrativa tiene dos efectos, uno represivo y otro disuasivo. El efecto represivo, se entiende como un gravamen que debe ser consecuencia de una conducta lesiva a un bien jurídico protegido en una infracción administrativa. El efecto disuasivo, se entiende como el desincentivo para la comisión de futuras infracciones. Es decir, se espera que en adelante la empresa operadora asuma un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones.

De este modo, la sanción impuesta a TELEFÓNICA tiene como fin disuadir a la empresa operadora con la finalidad de que en adelante sea más cautelosa en el cumplimiento del marco normativo exigido; asimismo, dicha multa tiene una finalidad represiva, en tanto la conducta infractora no permite al OSIPTEL contar con información real para fijar el valor del Factor de Control Aplicable para el Ajuste Trimestral de Tarifas Tope.

Como se puede apreciar, se satisface el Principio de Razonabilidad en tanto se sancionó de conformidad con el artículo 25 de la LDFF; teniendo en consideración, además, los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

V. PUBLICACION DE SANCIONES

Al ratificar este Colegiado que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9 del Reglamento de Fiscalización y Supervisión, corresponde la publicación de la presente Resolución.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones, en lo referente a la determinación de responsabilidad, expuestos en el Informe N° 173-GAL/2019 del 5 de agosto de 2019, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual –conforme al numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75 del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 712 .

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 124-2019-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia CONFIRMAR la multa impuesta de ciento cuarenta y dos con 50/100 (142.5) UIT, por la comisión de la infracción GRAVE, tipificada en el artículo 9 del Reglamento de Fiscalización y Supervisión, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, al haber remitido información inexacta durante el proceso de ajuste trimestral de tarifas tope de los servicios de Categoría I, para el Trimestre Junio – Agosto 2015.

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

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:



- (i) La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 173-GAL/2019 a la empresa Telefónica del Perú S.A.A.;
- (ii) La publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano";
- (iii) La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 173-GAL/2019 y las Resoluciones N° 304-2017-GG/OSIPTTEL y N° 124-2019-GG/OSIPTTEL, en el portal web institucional del OSIPTTEL: www.osiptel.gob.pe; y,
- (iv) Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTTEL, para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

