

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 680-2014-GG/OSIPTEL**

Lima, 18 de setiembre de 2014

EXPEDIENTE N°	:	00064-2013-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	NEXTEL DEL PERÚ S.A.

VISTO el Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (GFS) N° 623-GFS/2014, por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a NEXTEL DEL PERÚ S.A. (NEXTEL), por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el primer párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas (RGT), aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, al haber incumplido con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 12° de la referida norma.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Informe de Supervisión N° 895-GFS/2013 (Informe de Supervisión), de fecha 03 de octubre de 2013, contenido en el expediente N° 00307-2011-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la GFS emitió el resultado del cumplimiento del registro de tarifas en el Sistema de Información y Registro de Tarifas (SIRT) y de la información brindada a sus abonados en torno al incremento de tarifas de renta fija periódica, aplicable a partir del mes de julio de 2011, concluyendo lo siguiente:

“4. CONCLUSIÓN

Nextel del Perú S.A. habría incumplido con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 12° del Reglamento General de Tarifas, toda vez que, de la muestra analizada se observó que hubo abonados, a los cuales no se les comunicó sobre el incremento de tarifas, vigente a partir del 12 de julio de 2011, al menos tres (3) días calendario antes de su entrada en vigencia, conforme lo dispone la normativa.”

2. Mediante carta C.1542-GFS/2013 (carta de intento de sanción), notificada el 09 de octubre de 2013, la GFS comunicó a NEXTEL el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el numeral (ii) del artículo 43° del RGT, al incumplir lo establecido por el primer párrafo del artículo 12° de la misma norma; otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
3. Con carta EGR-592/13, recibida el 14 de noviembre de 2013, NEXTEL presentó sus descargos.
4. Mediante carta CGR-642-14, recibida el 27 de febrero de 2014, en atención al requerimiento efectuado por la GFS a través de la carta C.242-GFS/2014, NEXTEL precisó las acciones adoptadas con la finalidad de proceder a las devoluciones y la comunicación a los usuarios afectados, así como actualizar la información respecto a

las direcciones incorrectas asignadas en el contrato y en el caso de los abonados que se mudaron.

5. Mediante cartas CGR-1079/14 y CGR-1498/14, recibidas el 07 de mayo y 06 de agosto de 2014, respectivamente, NEXTEL precisó el estado de las devoluciones programadas y los mecanismos alternativos empleados para informar a sus abonados el incremento tarifario; en atención a las cartas C.906-GFS/2014 y C.1614-GFS/2014.
6. Con fecha 11 de agosto de 2014, la GFS remitió a la Gerencia General el Informe de análisis de descargos N° 623-GFS/2014.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 2 de febrero de 2001, este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. Así también el artículo 41° del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

El presente PAS se inició contra NEXTEL al imputársele la presunta comisión de la infracción tipificada en el primer párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del RGT, que establece lo siguiente:

**“Artículo 43°.- Infracciones
(ii) Infracciones Graves**

Constituyen infracciones graves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las obligaciones contenidas en los artículos 11°, 12°, 16° y 26° de la presente norma.
(Sin subrayado en el original)

Por su parte, el artículo 12° del RGT dispone lo siguiente:

“Artículo 12°.- Obligación de remitir información a cada abonado, sobre el incremento de tarifas o rentas fijas periódicas

Adicionalmente a las obligaciones establecidas en el artículo 11°, los incrementos de tarifas o rentas fijas periódicas, deberán ser informadas por las empresas operadoras a sus abonados al menos tres (3) días calendario antes de la entrada en vigencia de la nueva tarifa, utilizando un mecanismo que permita dejar constancia de que cada uno de éstos recibió la referida información; (...)”

De acuerdo al Informe de Supervisión que sustenta el inicio del presente PAS, NEXTEL incurrió en la infracción consignada en el primer párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del RGT, puesto que habría incumplido con comunicar a sus abonados sobre el incremento de tarifas, vigente a partir del 12 de julio de 2011, dentro del plazo establecido en el artículo 12° de la referida norma.

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley N° 27444, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que ésta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado⁽¹⁾, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Por consiguiente, corresponde analizar los descargos presentados por NEXTEL respecto a la imputación de cargos formulada por la GFS.

1. Análisis de los descargos

En sus descargos, NEXTEL cuestionó el PAS sobre la base de los siguientes fundamentos:

- 1.1 La imputación de cargos adolece de vicios que vulnerarían los principios administrativos de Tipicidad (imputación genérica) y Motivación, establecidos en la LPAG.
- 1.2 Las notificaciones extemporáneas no le son imputables puesto que habría actuado con diligencia.
- 1.3 Las notificaciones que se realizaron en los domicilios señalados en el contrato de prestación de servicios son válidas en tanto cualquier cambio de domicilio debe ser comunicado a su representada.
- 1.4 La imposición de una eventual sanción vulneraría los principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.

1.1 Sobre los Principios de Tipicidad y Motivación

NEXTEL sostiene que la imputación de cargos realizada por la GFS es imprecisa, incompleta y poco clara, puesto que el Informe de Supervisión, que forma parte integrante del inicio de PAS, sólo sostiene que incumplió el artículo 12º del RGT al no haber notificado oportunamente el incremento de tarifas a diecinueve mil trece (19,013) abonados de un total de ciento noventa y ocho mil novecientos sesenta (198,960).

Agrega que el intento de sanción, si bien reconoce el universo de abonados a que se refiere la imputación, no analizó los dos (2) supuestos de hecho materialmente distintos en los que se disgregaría la infracción; a saber:

SUPUESTOS DE HECHO	CAUSAS
Abonados notificados extemporáneamente	No imputable a NEXTEL
Abonados que no recibieron la notificación	Porque cambiaron de domicilio sin notificar a NEXTEL
	Porque no se encontraba en su domicilio al momento de la notificación
	Porque consignaron domicilio incorrecto o inexistente en el contrato

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

En ese sentido, arguye que la imputación es genérica y no expresa adecuadamente los argumentos en los que se basa la GFS para concluir que su representada habría cometido una infracción sancionable.

Al respecto, de conformidad con el Principio de Tipicidad regulado por la LPAG², sólo puede sancionarse administrativamente aquellas conductas que se encuentren previstas expresamente, en normas con rango de ley, como una infracción sin admitir interpretación extensiva o analogía.

En el presente caso, se advierte que la imputación de cargos a NEXTEL se sustenta en la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el numeral (ii) del primer párrafo del artículo 43º, al haber incumplido la obligación contenida en el artículo 12º de dicha norma.

Al respecto, el artículo 43º del RGT – vigente al momento de la notificación del presente PAS- establecía que el incumplimiento del artículo 12º, entre otros, constituye infracción grave, y –a diferencia de lo señalado por NEXTEL- la tipificación de la infracción imputada cumple con las exigencias previstas por el Tribunal Constitucional³: i) que exista una ley escrita; ii) que dicha ley sea anterior al hecho sancionado; y, iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado.

En el presente caso, se puede advertir que existe una ley escrita; toda vez que el artículo 12º del RGT – vigente al momento de cometerse los hechos imputados - establecía la obligación de las empresas operadoras de comunicar a cada abonado sobre el incremento de tarifas, al menos tres (3) días calendario antes de su entrada en vigencia.

Es preciso tener en cuenta que el RGT estaba vigente a la fecha de la comisión de los actos investigados y además a través del artículo 43º describía los supuestos de hecho determinados (ante el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 12º se configura una infracción grave).

En virtud a lo expuesto, y contrario a lo alegado por NEXTEL, el tipo legal contenido en el numeral (i) artículo 43º y el primer párrafo del artículo 12º del RGT no resulta genérico, ni ambiguo, pues satisface los requisitos que ordenan los Principios de Tipicidad y Legalidad.

Es de señalar que a través de la carta de intento de sanción – C.1542-GFS/2013 - se puede advertir sin que quede duda que el fundamento de la infracción imputada es el haber incumplido con comunicar a sus abonados sobre el incremento de tarifas, vigente a

² **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

4. Tipicidad.- Sólo 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. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

(...)"

(Subrayado agregado)

³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 8957-2006-PA/TC.

partir del 12 de julio de 2011, al menos tres (3) días calendario antes de su entrada en vigencia⁴.

Respecto a la falta de análisis de los supuestos de hecho que contendría la infracción alegada por NEXTEL, es preciso indicar que tal afirmación no es correcta en el sentido que en el Informe de Supervisión, que forma parte integrante de la imputación de cargos, la GFS si analizó y tomó en cuenta tales supuestos, tal como se puede apreciar del siguiente extracto:

Información total de abonados		
Estado	Número de cuentas	%
Entregado antes o igual al 09/07/2011	179.947	90,44%
Entregado después del 09/07/2011	11.867	5,96%
Carta Rechazada	7.146	3,59%
Total General	198.960	100%

Fuente: Cuadro elaborado por la GFS⁵

“Sobre el particular, Nextel informó que el noventa por ciento (90%) de sus abonados fueron oportunamente notificados sobre el incremento tarifario; el seis por ciento (6%) no fueron notificados oportunamente (existiendo una demora de 01 hasta 66 días), debido a que no se encontraban en su domicilio al momento de la notificación; y el tres por ciento (3%) restante no fueron notificados, atendiendo a los siguientes motivos”:

	Estado	Número de Cuentas
Carta Rechazada	Carta Rechazada	2
	Consignatario Rechazo Paquete	4
	Destinatario Mudado	548
	Dirección Incorrecta	3.454
	Local Cerrado	950
	No se definió el motivo	2.188
	Subtotal	7.146

Fuente:
Cuadro elaborado por la GFS

Del texto citado se tiene que en el Informe de Supervisión se precisaron los hechos por los cuales se le imputaba responsabilidad a NEXTEL, por no cumplir con notificar oportunamente a sus abonados el incremento de las tarifas; hechos que eran de conocimiento de la empresa operadora. En efecto a través de la carta CGR-1462/12, recibida el 18 de junio de 2012, NEXTEL desarrolla los supuestos de hecho del incumplimiento imputado.

Aunado a ello, cabe señalar que de forma posterior a la carta citada, la propia empresa operadora, remitió información respecto de las devoluciones a realizarse a cada uno de los supuestos referidos, demostrando así, que ésta tenía conocimiento de los hechos que formaban parte de la conducta cuestionable, y que se le permitió presentar la información que considere necesaria a efectos de exponer las circunstancias bajo las cuales se desarrollaron los supuestos de hecho, y aquellas que podrían eximirla de

⁴ Es decir, la fecha límite que tenía NEXTEL para comunicar a sus abonados sobre el incremento de sus tarifas debió ser el 08 de julio de 2011.

⁵ Cuadro que obra a fojas 7 del Informe de Supervisión.

responsabilidad, así como, exponer la conducta posterior desarrollada, salvaguardándose su derecho de defensa.

En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, queda desestimado lo argumentado por NEXTEL en este extremo.

1.2 Sobre las notificaciones extemporáneas no imputables a NEXTEL

NEXTEL señala que en el Informe de Supervisión, sin el mayor análisis, la GFS concluye que respecto a los once mil ochocientos sesenta y siete (11,867) casos en los cuales las cartas no pudieron ser notificadas oportunamente a sus abonados, NEXTEL es responsable por la demora en la notificación en tanto no acreditó que actuó diligentemente o que se encontraba dentro de los supuestos de exoneración de responsabilidad, con lo cual se estaría invirtiendo, indebidamente, la carga de la prueba.

Asimismo, la empresa operadora afirma que no solo indicó que la demora en la notificación no le era imputable, sino que presentó pruebas contundentes de que había tomado las medidas oportunas para que todos los abonados de sus planes tarifarios afectados por el reajuste sean notificados. Entre las pruebas que menciona se encuentra la carta del proveedor de mensajería de NEXTEL; y el intercambio de correos electrónicos entre NEXTEL y el Jefe del Área Nacional de su proveedor en el que se aprecian las coordinaciones existentes para que las notificaciones se efectuaran con la debida antelación.

Finalmente indica que su representada no cobró la tarifa incrementada a ningún abonado que no fue notificado de ella con la debida anticipación y en los términos que prevé el RGT. Asimismo, programó y ejecutó las devoluciones pertinentes de manera que los abonados se vean efectivamente sujetos a las nuevas tarifas única y exclusivamente luego de haber tomado conocimiento de las mismas; por lo que afirman la inexistencia de afectación a sus abonados.

Al respecto, debe precisarse que si bien corresponde a la autoridad administrativa la atribución de la carga de la prueba, ello no ocurrirá así en los casos en los que su ejercicio no resulte materialmente posible de ejecutar a ésta última, por corresponder a actuaciones materiales que únicamente el administrado se encontraría en capacidad de realizar, como es el caso de la acreditación de la diligencia debida que determine la culpabilidad del infractor⁶.

Confirmando lo anterior, es menester señalar que una de las exigencias derivadas del artículo 12º del RGT es la utilización de un mecanismo que permita dejar constancia de

⁶ “En nuestra opinión, puede afirmarse con carácter general que la carga de probar las eximentes pesa sobre el imputado, es decir, que la presunción de inocencia no cubre los hechos excluyentes o extintivos. (...) Ahora bien, la mera invocación por el imputado de un hecho excluyente o extintivo no basta para originar la duda sobre su posible concurrencia. Por eso, alegarlo en el procedimiento no es suficiente para cargar a la Administración con la verificación de su inexistencia. En concreto, es necesario acompañar la alegación de la circunstancia eximente o extintiva de un principio de prueba suficiente que fundamente la pretensión aducida.” (Sin subrayado en el original)
ALARCON SOTOMAYOR, Lucía, “El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales”, Thomson Civitas, Navarra, primera edición, 2007, Pág. 398 y 399.

que cada abonado recibió la información del incremento tarifario. Es más, la Exposición de Motivos de la Resolución N° 058-2005-CD/OSIPTEL señala que:

5. Constancia de la comunicación remitida a los abonados
OSIPTEL considera que para efectos de que los abonados cuestionen la facturación, debido a no haber sido informados acerca del incremento de su tarifa o renta fija periódica, resulta necesario que la empresa operadora, en quien recae la carga de la prueba, acredite haber remitido la información al abonado.
(...) (Subrayado agregado)

La carga de la prueba, entonces, consiste en acreditar la existencia de un mecanismo que permita dejar constancia de la recepción de la comunicación; por ende, correspondía a NEXTEL acreditar el haber cumplido con remitir información a sus abonados.

Siendo así, se advierte que NEXTEL no niega ni contradice la ocurrencia de once mil ochocientos sesenta y siete (11,867) casos de notificación extemporánea; sin embargo, indica que tal demora se originó por causas ajenas a su control y pese a la diligencia desplegada.

A fin de no atribuirle la responsabilidad por incumplir el artículo 12° del RGT, correspondía a NEXTEL acreditar la existencia de alguna causa excluyente de responsabilidad y su debida diligencia. Para tal fin, la empresa operadora presentó, entre otros, una carta de su proveedor del servicio de mensajería⁷ (Scharff Logística Integrada S.A) remitida al OSIPTEL en donde dicha empresa reconoce que entre el 1 y 8 de julio del 2011, NEXTEL le encargó un servicio de mensajería masiva; y unos correos electrónicos de coordinación del trabajo señalado.

Como se puede observar, NEXTEL tercerizó la entrega de las notificaciones a sus clientes, lo cual es una opción válida en tanto tiene libertad de elegir el modelo de negocio que más le convenga; sin embargo, esto no implica el traslado de las obligaciones a su cargo, las cuales continúan reputándose como propias⁽⁸⁾.

Así, no obstante la tercerización o subcontratación, NEXTEL mantiene una posición de garante del adecuado ejercicio de su actividad empresarial de acuerdo a lo exigido por el marco normativo, pues así como se beneficia de las actuaciones provechosas derivadas de la referida tercerización o subcontratación, debe responder por los actos perjudiciales del esquema organizativo que adopte⁽⁹⁾. Asumir una posición diferente, crearía el incentivo para las empresas operadoras de tercerizar las actividades a su cargo, a fin de evitar ser imputadas como responsables ante deficiencias en las mismas, situación que trastocaría el esquema de incentivos de la regulación¹⁰.

⁷ Documento que obra en el folio 104 del Expediente de Supervisión.

⁸ En esa misma línea, la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2014-CD/OSIPTEL, en atención al recurso de apelación presentado por la misma empresa NEXTEL, indicó: "Es más, aun en el caso que tercerice dicha obligación, en estricto, - tan igual que el resto de empresas que brindan el servicio público de telefonía móvil- la obligada a dar cumplimiento es la empresa NEXTEL".

⁹ Cfr. DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1996. Pág. 203-205.

¹⁰ Lo señalado, es acorde con el régimen establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, al definir el Principio de Causalidad empleando el término "responsabilidad" en lugar de "autoría" de la conducta activa u omisiva.

Por ello, le correspondía a NEXTEL vigilar y/o controlar que todas las notificaciones sean realizadas de forma oportuna, máxime si la obligación de notificación no es ajena a la empresa operadora, toda vez que esta se repiten mensualmente, ya que se encuentran obligadas a la entrega del recibo por lo menos tres (3) días calendario antes de la fecha de vencimiento del mismo¹¹.

Conforme se observa, al ser ésta una tarea repetitiva mensualmente, NEXTEL pudo tomar conocimiento si el medio adoptado para dar cumplimiento a sus obligaciones era el correcto, y si la empresa contratada estaba dando estricto cumplimiento a las tareas encomendadas.

Es importante indicar que no se pretende atribuir a NEXTEL responsabilidad por la producción de un hecho cometido por un tercero, lo que implicaría una ruptura del nexo causal. Contrariamente a ello, se trata de actuaciones materiales cuya responsabilidad se atribuye a la empresa operadora, sin perjuicio que para ser llevadas a cabo requieran del concurso de personas físicas o de otras empresas.

De acuerdo a lo expuesto, la doctrina más autorizada⁽¹²⁾ señala que la responsabilidad de la referida persona jurídica se encuentra plenamente justificada, sea que la culpabilidad se atribuya por defecto de organización o por el no aseguramiento de la posición de garante respecto de las actuaciones de sus empleados o empresas contratadas para una determinada labor, denominada como culpa *in eligendo* o *in vigilando*. En el primer caso, la empresa omite adoptar medidas de precaución necesarias para evitar la comisión de los hechos constitutivos de infracción; en tanto que en el segundo, no cumple con garantizar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de sus agentes. En ambos, no se imputa responsabilidad a la persona jurídica por la conducta del tercero, sino por su propia conducta.

En tal sentido, NEXTEL debió vigilar y/o controlar que las notificaciones del incremento de sus tarifas se realicen dentro de los plazos y conforme a lo establecido en el RGT, no bastando alegar que actuó diligentemente en tanto contaba con el apoyo de una empresa “especializada en el rubro del reparto de correspondencia” y que no le correspondía ninguna actuación adicional de control o inspección sobre éstos, de modo que estaría exenta de responsabilidad⁽¹³⁾.

En ese sentido, no obstante que recae sobre el presunto infractor la prueba de los hechos extintivos de responsabilidad, no existe en el PAS prueba alguna que demuestre que

¹¹ **TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios de Telecomunicaciones**

Artículo 25°.- Entrega de los recibos

La empresa operadora deberá emitir y entregar el recibo correspondiente por los servicios efectivamente prestados, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 22°.

La entrega del recibo deberá ser efectuada por lo menos tres (3) días calendario antes de la fecha de vencimiento del mismo. Dicha entrega deberá realizarse en el domicilio señalado por el abonado (...)

¹² GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Ob. Cit. Pág. 202-205. NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 2005. Pág. 451.

¹³ En numerosas sentencias del Tribunal Supremo Español se ha señalado de modo categórico que la empresa tiene la obligación de controlar o inspeccionar mediante sus servicios internos correspondientes, la actuación de sus empleados respecto del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, de lo contrario es responsable por la omisión de la diligencia que les es exigible. Véase: GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Ob. Cit. Pág. 206-212.

dicha empresa actuó con el nivel de diligencia esperado, incurriendo en lo que se conoce como culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

En cuanto a la alegada inexistencia de afectación a los abonados, es menester señalar que contrario a lo argumentado por la empresa operadora, la finalidad de comunicar oportunamente a los abonados, respecto de un incremento tarifario, es la de garantizar el acceso de los abonados y/o usuarios a la información de las tarifas vigentes, a fin que éstos puedan conocer los precios de los servicios públicos de telecomunicaciones, de manera oportuna y a través de mecanismos más eficientes, teniendo en cuenta que las tarifas constituyen importantes indicadores que orientan sus preferencias y decisiones de contratación y de consumo.

De ahí que, al no recibir la información oportunamente, esto es con una demora de uno (1) a sesenta y seis (66) días, se privó a los abonados post pago, de su derecho a tomar una adecuada decisión de consumo, ya sea para ajustar su consumo telefónico a las nuevas condiciones tarifarias, así como para, incluso poder tomar la decisión de concluir su relación contractual con la empresa operadora. Se observa entonces que a pesar de realizarse las devoluciones por los cobros en exceso, subsiste la afectación al derecho de información que asiste a los abonados.

Sin perjuicio de lo anterior, la supuesta no afectación de los abonados y devoluciones efectuadas¹⁴ no constituyen criterios a ser tomados en cuenta a fin de verificar la configuración de la infracción, sino que constituyen criterios a ser valorados a efectos de graduar la sanción una vez que se ha determinado la comisión de una infracción. En atención a ello, corresponde desestimar los argumentos presentados por NEXTEL en este extremo.

1.3 Respecto a las notificaciones rechazadas

Notificaciones en el domicilio consignado en el contrato de abonado

NEXTEL afirma que en quinientos cuarenta y ocho (548) casos de notificación, los abonados cambiaron de domicilio sin notificar previamente a su representada; por lo que reputan que las notificaciones efectuadas a dichos domicilios son válidas en virtud al artículo 9º del TUO de las Condiciones de Uso. En ese sentido, consideran que no son responsables por el incumplimiento del artículo 12º del RGT.

Al respecto, cabe señalar que si bien de acuerdo a lo establecido en la cláusula tercera de sus “Contratos de Prestación de Servicio Público de Telecomunicaciones”, el cliente se encuentra obligado a “Comunicar a Nextel su cambio de domicilio”, y en el numeral 15.7, se establece que *“en caso de no hacerlo, se consideraran válidos los requerimientos y notificaciones que le sean cursadas al último domicilio conocido por Nextel”*. Del citado contrato se desprende también que *“Nextel podrá notificar al cliente comunicaciones relativas al servicio y/o los otros servicios contratados a través de mensajes de texto o IVRs siempre que la normativa vigente no lo prohíba”*.

¹⁴ Las mismas que serán materia de verificación y análisis en un expediente de supervisión posterior, tal como se indica en las conclusiones del Informe N° 895-GFS/2013.

De lo citado, se tiene que la propia empresa operadora, ante los supuestos de no comunicación del cambio de domicilio, por parte del abonado, invocó en su contrato de abonado, el derecho de utilizar otros mecanismos de notificación. Sin embargo, de los hechos se tiene que a pesar de poder emplear otros mecanismos de notificación, tales como los IVRs, NEXTEL no tomó las medidas necesarias con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12° del Reglamento de Tarifas.

Es importante subrayar el hecho que, a pesar que NEXTEL tiene la obligación repetitiva de notificar a sus abonados la entrega de sus recibos mensuales, no haya tomado conocimiento, previamente, que algunos abonados hayan variado de domicilio sin darle cuenta. En efecto, la empresa SCHARFF LOGÍSTICA INTEGRADA S.A., contratada para la notificación de los recibos, se encontraba en la posibilidad de reportar los incidentes ocurridos en su proceso de notificación y de informar el porcentaje de casos, en los cuales no habría dado oportuno cumplimiento a la tarea encomendada a fin que tome las previsiones del caso.

Asimismo, la obligación establecida en el artículo 12° del Reglamento de Tarifas, no establece como único mecanismo de comunicación, a la notificación personal, sino que, deja a libertad de las empresas operadoras, poder optar por el mecanismo que les resulte más idóneo para el cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, la elección del mecanismo se encontraba bajo responsabilidad de la propia empresa operadora, correspondiéndole a ésta desplegar la diligencia debida en la ejecución del mismo, y aún en el caso que éste no resultara suficiente, contaba con la facilidad de utilizar mecanismos adicionales.

Así, si bien NEXTEL, comunicó a la GFS, mediante carta N° CGR-2771/11, que los mecanismos empleados, a efectos de comunicar a cada uno de sus abonados el incremento de tarifas, fueron: cartas, llamadas salientes y formatos de aceptación. Ante la consulta específica realizada por este Órgano Instructor, mediante carta N° CGR-1498/14, ésta respondió lo siguiente: *“le informamos que se realizaron llamadas de forma reactiva y llamadas salientes a raíz de solicitudes de cambio de plan entre el primero y el 12 de julio de 2011”*.

En ese sentido, a pesar que NEXTEL contaba con la facilidad de poder comunicarse con sus abonados post pago mediante llamadas telefónicas grabadas, no lo hizo oportunamente, demostrando una actuación poco diligente.

Respecto a los medios probatorios presentados por NEXTEL (seis (06) Actas de Notificación a los abonados que supuestamente habrían cambiado de domicilio sin notificarlo a NEXTEL), si bien se consigna en ellos que el abonado “se mudó”, no se indica quién brinda tal información, o en base a qué se arribó a tal conclusión. Por lo que dichos documentos no dan certeza de la información que consignan. Por lo que corresponde desestimar los argumentos presentados por la empresa operadora en este extremo.

Sobre las novecientos cincuenta (950) notificaciones “bajo puerta”

Señala NEXTEL que en novecientos cincuenta (950) casos, la notificación personal resultó infructuosa, por lo que se procedió a notificar bajo puerta, en el domicilio señalado por el abonado. Fundamenta la validez de las referidas notificaciones en tanto se han realizado acorde con lo establecido en el artículo 21º de la LPAG.

Al respecto, sin perjuicio de considerar que tal artículo sea aplicable a las notificaciones efectuadas en el régimen privado, es menester citar lo dispuesto por el artículo 21º del mencionado cuerpo normativo:

Artículo 21.- Régimen de la notificación personal

(...)

21.5. En el caso de no encontrar al administrado u otra persona en el domicilio señalado en el procedimiento, el notificador deberá dejar constancia de ello en el acta y colocar un aviso en dicho domicilio indicando la nueva fecha en que se hará efectiva la siguiente notificación. Si tampoco pudiera entregar directamente la notificación en la nueva fecha, se dejará debajo de la puerta un acta conjuntamente con la notificación, copia de los cuales serán incorporados en el expediente.

Tal como puede apreciarse, el citado artículo establece reglas claras y precisas para proceder con la notificación bajo puerta. Es así que de no encontrar al administrado en el domicilio señalado, se dejará constancia en un acta y se colocará un aviso indicando una nueva fecha de visita. Y sólo si es que en la segunda visita no se puede entregar directamente la notificación, se podrá dejar el acta de notificación bajo puerta.

Sin embargo, de la revisión de las actas de notificación remitidas por NEXTEL en calidad de prueba, se observa que no siguieron con las reglas establecidas en el artículo citado precedentemente, ya que no se programó una nueva fecha de notificación y se procedió a notificar, inválidamente, a la primera visita.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la comunicación del incremento de tarifa es un acto vinculado directamente con el derecho de información del consumidor, por lo que amerita tener especial cuidado en la búsqueda del abonado. Por ello, consideramos que NEXTEL no habría agotado todos los medios a fin de efectivizar las referidas notificaciones, lo cual denota una falta de diligencia.

En ese sentido, debe desestimarse lo argumentado por NEXTEL en el presente extremo.

Respecto de tres mil cuatrocientos cincuenta y cuatro (3454) notificaciones efectuadas en domicilios que resultaron incorrectos

NEXTEL afirma que en el marco de la suscripción del contrato, el abonado tiene la obligación de proporcionar información correcta y fidedigna. Es así que en tres mil cuatrocientos cincuenta y cuatro (3454) casos, la notificación no se llegó a realizar en tanto el domicilio consignado por el abonado en el contrato no era correcto. En ese sentido, NEXTEL sostiene que si el domicilio no puede ser encontrado por ser incorrecto o insuficiente o no existe, el acta de notificación que deje constancia de que la diligencia

de búsqueda del domicilio se realizó, constituye prueba plena del cumplimiento de su obligación.

Al respecto, es oportuno indicar que la comunicación de un incremento de tarifas, es una obligación de las empresas operadoras que debe realizarse con sumo cuidado a fin de salvaguardar los intereses de los abonados. Y si bien en los contratos se consignaron direcciones erradas, lo mínimo que tenía que hacer la empresa operadora era contrastar tal dirección con la de su DNI (cuya copia obra, o debería obrar, en el referido contrato de prestación de servicio).

Tal como se señaló en los casos anteriores, la obligación de notificar oportunamente no es ajena ni esporádica para NEXTEL, puesto que notifica mensualmente los recibos a sus abonados postpago. Por tanto, de actuar diligentemente, pudo tomar conocimiento de que sus notificaciones estaban siendo rechazadas en atención a que los abonados consignaron direcciones erradas.

Deviene en oportuno mencionar que para efectos de configurar una causa no imputable al administrado, el evento que determina la inejecución de la obligación a cargo de éste último, deberá ser extraordinario, imprevisible e irresistible, es decir, de una naturaleza tal, que en la misma situación, ningún otro administrado hubiera podido cumplir con una idéntica o similar prestación a su cargo.

Así también es importante reiterar que el deber de diligencia exigido a las empresas operadoras es superior al común exigido, ello en función a su grado de especialidad y porque desarrollan actividades en virtud de un Contrato de Concesión. En ese sentido, lo esperable era que NEXTEL hubiera adoptado medidas específicas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones que le resultan exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde cumplir obedeciera a razones justificadas y que, de manera inequívoca, se encuentren fuera de su esfera de control, lo cual no ha sucedido en el presente caso. En atención a lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos presentados por la empresa, en este extremo.

1.4 Respetto a la aplicación de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad

En sus descargos, NEXTEL señala que al iniciar el presente PAS, la GFS ha incumplido los parámetros de necesidad y proporcionalidad que deben ser considerados dentro del análisis del Principio de Razonabilidad, de acuerdo a las pautas establecidas por el Tribunal Constitucional, en cuanto a la evaluación de lo siguiente: (i) Sub principio de idoneidad o de adecuación; (ii) Necesidad; y (iii) Proporcionalidad.

Con relación a lo alegado por NEXTEL, es necesario considerar que el OSIPTEL tiene como objetivo general, supervisar y fiscalizar las obligaciones contenidas en la normativa vigente, garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario; siendo que la función fiscalizadora y sancionadora le permite imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

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

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

Sobre el particular, de conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, frente al incumplimiento de normas aplicables, de regulaciones o de obligaciones contenidas en los contratos de concesión, el OSIPTEL puede ejercer su función fiscalizadora y sancionadora imponiendo sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras que se encuentren incursas en algún incumplimiento. Es decir, el regulador cuenta con facultades para optar por imponer una medida correctiva o imponer una sanción.

De acuerdo a lo desarrollado en el numeral anterior, el inicio del presente PAS cumple con el objetivo de mantener la proporción entre los medios y fines, dado que busca salvaguardar el cumplimiento de las disposiciones del RGT, en cuanto a la comunicación oportuna a sus abonados del incremento de sus tarifas.

En virtud al juicio de proporcionalidad, se busca determinar si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, por lo cual se considera que este parámetro está vinculado con el juicio de necesidad. Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que efectivamente se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que se busca compensar el bien jurídico tutelado, esto es el derecho de información de los usuarios, considerando que la comunicación del incremento de las tarifas tiene como finalidad que el usuario acceda a su derecho a tomar una adecuada decisión de consumo, ya sea para ajustar su consumo telefónico a las nuevas condiciones tarifarias, así como para, incluso, poder tomar una decisión de concluir su relación contractual con la empresa operadora.

Del mismo modo, en el presente caso, se ha evaluado la posibilidad de imponer una sanción, pudiendo ser una multa fijada entre cincuenta y un (51) UIT y (150) UIT, en virtud del rango que para las infracciones graves prevé en el artículo 25° de la LDFF, concluyendo que la sanción era el único medio viable para persuadir a NEXTEL que en lo sucesivo evite incurrir en nuevas infracciones relacionadas con la publicación oportuna de la tarifas en el SIRT. Por lo indicado, se cumple la dimensión del test de razonabilidad en lo que atañe a los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

2. Determinación de la sanción

A fin de determinar la graduación de la multa a imponer por la infracción administrativa evidenciada, se debe tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30º de LDFF, así como el Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando imponen sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido¹⁵.

Con relación a este principio, el artículo 230º de la LPAG establece, que debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Así, se procede al siguiente análisis:

- (i) Naturaleza y gravedad de la infracción, daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

Con relación a la infracción tipificada en el numeral (ii), primer párrafo del artículo 43º del RGT por el incumplimiento del artículo 12º, NEXTEL ha incurrido en una infracción grave, haciéndose merecedora de una multa, de entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT, de conformidad con lo establecido por el artículo 25º de la LDFF.

Con relación a este extremo, de lo actuado se verifica que se habría generado un daño al derecho de los abonados al haberse visto afectado el acceso oportuno a la información de incremento del valor de sus tarifas, de diecinueve mil trece (19013) abonados, ocasionando de esta manera una lesión al derecho de información que los asiste, y que tutela el artículo 12º del Reglamento de Tarifas.

- (ii) Magnitud del daño causado, perjuicio económico:

En el presente caso no existen elementos objetivos que permitan cuantificar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico.

- (iii) Reincidencia, repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción:

¹⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. 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.

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia, repetición y/o continuidad.

- (iv) Circunstancias de la comisión de la infracción, comportamiento posterior del sancionado, atenuantes de responsabilidad:

Sobre el particular, respecto al incumplimiento del artículo 12° del RGT, debe considerarse que NEXTEL no acreditó que la causa del incumplimiento de su obligación de informar a sus abonados del incremento de su tarifa se encontraba fuera de su control, por el contrario, de lo desarrollado en la presente resolución, se advierte que la empresa tenía mecanismos alternativos para dar cumplimiento a lo establecido por el referido artículo 12° (llamadas, por ejemplo), y no lo hizo, advirtiéndose una falta de diligencia por parte de dicha empresa operadora.

En efecto, en todo el desarrollo del presente PAS, NEXTEL no acreditó las acciones desplegadas para minimizar el riesgo de la no comunicación a sus abonados sobre el incremento de sus tarifas y/o mitigar sus efectos. Teniendo en consideración que mensualmente notifica las facturaciones a sus abonados y estaba en posibilidad de advertir, por ejemplo, que había un porcentaje de abonados que se “habían mudado”, que consignaron domicilios errados, entre otros.

Sobre el comportamiento posterior del administrado se tiene que mediante comunicaciones N° CGR-642/14 y N° CGR-1079/14, recibida el 27 de febrero y 07 de mayo del 2014, NEXTEL remitió información respecto a doce mil ochenta y seis (12086) devoluciones efectuadas; las mismas que serán tomadas en cuenta para efectos de la graduación de la sanción, condicionada a las acciones de supervisión que la GFS efectúe en el marco de su competencia.

- (v) Beneficio obtenido por la comisión de la infracción:

Sobre el particular, no existen elementos objetivos que permitan determinar el beneficio obtenido por NEXTEL como consecuencia de la comisión de la infracción; no obstante, debe indicarse que éste se encuentra representado por el costo evitado de los actos involucrados en todas aquellas actividades que debió realizar, dirigidas a cumplir con comunicar el incremento de las tarifas a sus abonados, dentro del plazo establecido en el artículo 12° del RGT.

- (vi) Intencionalidad en la comisión de la infracción:

En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

- (vii) Capacidad económica:

La LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En el presente caso, el incumplimiento por el artículo 12° del RGT se

inició en el año 2011, en tal sentido, la multa a imponerse a la empresa NEXTEL no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2010.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF y al principio de razonabilidad, corresponde sancionar a la empresa NEXTEL PERÚ S.A. con una multa de cincuenta y siete (57) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la infracción grave tipificada en el numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 12° de dicho dispositivo.

Por lo expuesto, en aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- MULTAR a la empresa NEXTEL PERÚ S.A. con cincuenta y siete (57) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 12° de dicho dispositivo; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión coordine con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme, y ponga la multa impuesta en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines pertinentes.

Artículo 4°.- La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días computados a partir del día siguiente de notificada la sanción, obtendrá el beneficio de pago reducido del treinta y cinco por ciento (35%) de su monto total, siempre que no sea impugnada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.

Regístrese y comuníquese.

JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Gerente General