



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

OSIPTEL	FOLIOS
GG	35

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 842-2015-GG/OSIPTEL

Lima, 16 de noviembre de 2015

EXPEDIENTE N°	:	00034-2015-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO el Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (GFS) N° 956-GFS/2015 concerniente al procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 62° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL y modificatorias (RGIS)¹, al no haber cumplido, dentro del plazo máximo establecido, lo dispuesto en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 265-2012-GG/OSIPTEL (Medida Correctiva).

I. ANTECEDENTES

- Mediante Informe de Supervisión N° 537-GFS/2015 (Informe de Supervisión), de fecha 02 de junio de 2015, contenido en el expediente N° 00038-2013-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la GFS emitió el resultado de la supervisión respecto al cumplimiento de lo dispuesto en la Medida Correctiva, mediante la cual se ordenó a TELEFÓNICA que proceda a la simplificación de los planes tarifarios que se indican en el Informe N° 606-GPRC/2011, de modo tal que aquellos que además de distorsionar el régimen tarifario atentaban contra el derecho de igualdad de los usuarios, sean absorbidos por el plan tarifario que les reporta una ventaja superior pagando lo mismo o quizá menos, según se trate, concluyendo lo siguiente:

IV. CONCLUSIONES

- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría cumplido con lo dispuesto en el artículo 1° de la Medida Correctiva impuesta mediante Resolución N° 265-2012-GG/OSIPTEL, toda vez que habría simplificado los planes tarifarios que se indicaron en el Informe N° 606-GPRC/2011, de modo tal que aquellos planes que distorsionaban el régimen tarifario han sido absorbidos por el plan tarifario que les reporta una ventaja superior pagando lo mismo y en algunos casos menos.
- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. habría incumplido lo dispuesto por el artículo 2° de la Medida Correctiva impuesta mediante Resolución N° 265-2012-GG/OSIPTEL, al no haber remitido el plan de trabajo incluido el cronograma que utilizaría para la implementación de la simplificación de los planes tarifarios, dentro del plazo establecido.



¹ Norma vigente al momento en que ocurrieron los hechos que son materia del presente PAS.

- 4.3 Dado que el incumplimiento de la obligación dispuesta en el artículo 2° de la Resolución N° 265-2012-GG/OSIPTTEL, constituye una infracción grave conforme a lo dispuesto por el artículo 3° de la mencionada Resolución, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador en este extremo.

(Subrayado agregado).

4. Mediante carta C.976-GFS/2015, notificada el 03 de junio de 2015 (complementada con el Informe de Supervisión), la GFS comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° de la Medida Correctiva, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
5. Con carta TP-ARGGR-2002-15 recibida con fecha 4 de agosto de 2015, TELEFÓNICA presentó sus descargos (Descargos).
6. Con fecha 08 de setiembre de 2015, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 1888-GFS/2015.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTTEL, 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 OSIPTTEL 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 TELEFÓNICA al imputársele el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° de la Medida Correctiva, situación que configura la infracción establecida en el entonces artículo 62° del RGIS, norma material vigente al momento de ocurridos los hechos que son objeto del presente procedimiento.

Al respecto, el artículo 62° del RGIS, establecía lo siguiente:

Artículo 62°.- El incumplimiento a lo dispuesto por una medida correctiva dictada por OSIPTTEL constituye infracción muy grave, salvo que el órgano competente para dictarla establezca una calificación menor.

(Sin subrayado en el original)

En el caso específico, de la Medida Correctiva, los artículos 1°, 2° y 3° de la Resolución de Gerencia General N° 265-2012-GG/OSIPTTEL establecen lo siguiente:

Artículo 1°.- IMPONER una Medida Correctiva a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. a fin de que corrija su comportamiento de acuerdo a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de protección de los derechos de los usuarios, y específicamente proceda a la simplificación de planes tarifarios que se indican en el Informe N° 606-GPRC/2011, de modo tal que aquellos planes que además de



distorsionar el régimen tarifario atentan contra el derecho de igualdad de los usuarios, sean absorbidos por el plan tarifario que les reporta una ventaja superior pagando lo mismo o quizá menos, según se trate.

Artículo 2°.- Para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. deberá presentar a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL, para su aprobación, el plan de trabajo incluido el cronograma que utilizará para la implementación de la simplificación de los planes tarifarios, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1° de la presente Resolución. La referida propuesta deberá ser presentada dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente Medida Correctiva.

Artículo 3°.- El incumplimiento de cualquiera de las disposiciones contenidas en los artículos 1° y 2°, de la presente Medida Correctiva constituirá Infracción Grave y será sancionado, cada una por separado, con una multa equivalente a entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT's.

(Sin subrayado en el original)

De acuerdo al Informe de Supervisión, que sustenta el inicio del presente PAS, TELEFÓNICA habría incumplido el artículo 2° de la Medida Correctiva, al no haber observado el plazo de diez (10) días hábiles con que contaba para presentar el plan de trabajo, incluido el cronograma, que utilizaría para la implementación de la simplificación de planes tarifarios.

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 la conducta 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 perjudicado², que pudiera exonerarla de responsabilidad.

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

1. Análisis de los descargos

En su escrito de Descargos, TELEFÓNICA cuestionó el PAS sobre la base de los siguientes fundamentos:

- 1.1 El OSIPTEL ha reconocido expresamente que TELEFÓNICA cumplió con lo dispuesto en el artículo 1° de la Medida Correctiva.
- 1.2 TELEFÓNICA cumplió con presentar a la GFS la documentación solicitada en el artículo 2° de la Medida Correctiva.

1.1. Sobre el cumplimiento del artículo 1° de la Medida Correctiva

TELEFÓNICA sostiene que el Informe de Supervisión de la GFS que sustenta el inicio del presente PAS ha reconocido de modo expreso que TELEFÓNICA cumplió con presentar el plan de trabajo y adjuntar el cronograma, conforme lo solicitado en el

² PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ª ed., Pág. 539.



artículo 1° de la Medida Correctiva, siendo que el referido cumplimiento conllevó a una serie de actuaciones por parte de dicha empresa y el OSIPTEL, que van desde la presentación de la propuesta de simplificación de planes (presentada el 08 de enero de 2013) hasta el levantamiento de las diversas observaciones efectuadas (entre el 13 de junio de 2013 al 13 de marzo de 2015) que culmina con el reconocimiento de cumplimiento expresado por la GFS (02 de junio de 2015).

Al respecto, de acuerdo a lo señalado en la carta C.976-GFS/2015 y el Informe de Supervisión, el presente PAS se circunscribe al supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° de la Medida Correctiva debido a que TELEFÓNICA no cumplió con presentar dentro del plazo de diez (10) días hábiles -contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución de Gerencia General N° 265-2012-GG/OSIPTEL- el plan de trabajo, incluido el cronograma que utilizaría para la implementación de la simplificación de los planes tarifarios ordenada en el artículo 1° de la Medida Correctiva en cuestión.

Como se advierte claramente, se trata de dos obligaciones claramente disímiles, que admiten, cada cual, una evaluación por separado de su cumplimiento, toda vez que el artículo 1° de la Medida Correctiva dispone que TELEFÓNICA efectúe la simplificación de planes tarifarios que se indican en el Informe N° 606-GPRC/2011 (obligación de efectuar la simplificación los planes tarifarios); en tanto que el artículo 2° de la misma, establece el plazo dentro del cual la referida empresa debía alcanzar el plan de trabajo incluido el cronograma que utilizaría para la implementación de la referida simplificación (obligación de dar cumplimiento a un plazo para la presentación de información).

En ese sentido, en la evaluación del cumplimiento de las obligaciones dispuesta en los artículos 1° y 2° de la Medida Correctiva -obligación de efectuar la simplificación los planes tarifarios (a) y obligación de dar cumplimiento a un plazo para la presentación de información (b)- resulta perfectamente posible encontrar los siguientes escenarios:

- 1) TELEFÓNICA cumple (a) y (b).
- 2) TELEFÓNICA incumple (a) y (b).
- 3) TELEFÓNICA cumple (a) e incumple (b).
- 4) TELEFÓNICA incumple (a) y cumple (b).

En el caso en particular, el presente PAS se circunscribe al escenario 3), de modo que la conformidad sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° de la Medida Correctiva otorgada por la GFS, no involucra, ni extiende sus efectos sobre la evaluación del cumplimiento de lo señalado en el artículo 2° de ésta; no pudiendo inferirse a partir de ello, como sugiere TELEFÓNICA en sus descargos, que el cumplimiento del artículo 1° de la Medida Correctiva implica de manera "evidente" el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° de la misma, toda vez que el cumplimiento del artículo en cuestión abarca no sólo la entrega de la información requerida, sino además que dicha entrega debía efectuarse dentro del plazo establecido en la Medida Correctiva, lo cual no ocurrió.

Efectivamente, conforme se aprecia de los actuados que son objeto del presente PAS, TELEFÓNICA contaba hasta 09 de agosto de 2012 para remitir el plan de trabajo incluido el cronograma que utilizaría para la implementación de la simplificación de los planes tarifarios; no obstante lo cual, dicha empresa alcanzó la información en cuestión el 08 de enero de 2013, es decir casi 5 meses después de vencido el plazo máximo dispuesto en el artículo 2° de la Medida Correctiva. Tal situación constituye un incumplimiento a lo dispuesto por la Medida Correctiva en cuestión, situación que a la



fecha de ocurridos los hechos, se encontraba tipificada en el artículo 62° del RGIS (hoy artículo 25° del RFIS).

En consecuencia, quedan desvirtuados los argumentos esgrimidos por la empresa operadora en relación a este extremo.

1.2. Sobre la presentación de la documentación solicitada en la Medida Correctiva

TELEFÓNICA refiere en sus descargos que tanto para la adopción de la Medida Correctiva, así como para efectos del inicio del PAS, se debió tener en consideración las coordinaciones efectuadas con la GFS, no apreciándose en la referida medida administrativa una debida motivación que haya sustentado su adopción.

Asimismo, señala la empresa operadora que mediante carta DR-107-C-0031/CM-13 cumplió con alcanzar la información referida en el artículo 2° de la Medida Correctiva, señalando en dicha oportunidad, cuáles fueron las circunstancias existentes al momento de la entrega de la misma, que a su criterio, justifican el momento en que se produjo dicha entrega; agregando que la entrega en cuestión se produjo "de manera inmediata" una vez que el OSIPTEL le comunicó que el recurso de apelación presentado contra la Medida Correctiva fue declarado infundado, lo cual se produjo más de dos (2) años antes del inicio del presente PAS.

Asimismo, indica TELEFÓNICA que el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Medida Correctiva se produjo no obstante la existencia de circunstancias externas no imputables a dicha empresa, lo cual acredita de manera manifiesta su interés de cumplir con ésta, motivo por el cual la decisión de sancionarla o no, debe ser evaluada atendiendo al Principio de Razonabilidad dispuesto en la LPAG.

Respecto a la supuesta falta de motivación de la Medida Correctiva, debe tener en consideración que, conforme a lo dispuesto en el artículo 9°³ de la LPAG, todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda. En el caso de la Resolución de Gerencia General N° 265-2012-GG/OSIPTEL y los pronunciamientos posteriores, mediante los cuales se agotó la vía administrativa, TELEFÓNICA no ha cuestionado dichos actos, ni los posteriormente emitidos por el OSIPTEL, mediante la interposición de una demanda contencioso administrativa, no obstante que mediante este instrumento legal se encontraba plenamente habilitada para observar la supuesta falta de validez de la Medida Correctiva.

Por otro lado, en relación a la supuesta entrega "de manera inmediata" de la información requerida en el artículo 2° de la Medida Correctiva debe indicarse que, mediante Resolución de Gerencia General N° 550-2012-GG/OSIPTEL y Resolución de Consejo Directivo N° 188-2012-CD/OSIPTEL, se declararon infundados los recursos de reconsideración y apelación interpuestos por TELEFÓNICA contra la Resolución de Gerencia General N° 265-2012-GG/OSIPTEL que impuso la Medida Correctiva, desestimándose de manera expresa, en ambas resoluciones, la solicitud de suspensión de efectos solicitada por la empresa en cuestión.

³ LPAG

Artículo 9°.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.



Es preciso destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 16^{o(4)} de la LPAG, todo acto administrativo -como es el caso de la Resolución de Gerencia General N° 265-2012-GG/OSIPTTEL que impuso la Medida Correctiva a TELEFÓNICA- es eficaz a partir del momento en que la notificación legalmente realizada produce sus efectos. Asimismo, conforme al artículo 192^{o5} del referido cuerpo legal, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley, los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, debiéndose tener en cuenta que la propia LPAG en su artículo 193^{o6} ha establecido supuestos taxativos de pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.

En el caso concreto, se tiene que la Medida Correctiva contenida en la Resolución de Gerencia General N° 265-2012-GG/OSIPTTEL fue notificada válidamente a TELEFÓNICA el 25 de julio de 2012, de modo que el carácter ejecutorio de ésta surtió plenos efectos a partir del momento en que dicho acto administrativo fue eficaz, es decir, desde la fecha de su notificación. En tal virtud, conforme al plazo de diez (10) días dispuesto en el propio texto del artículo 2° de la Medida Correctiva, éste debía ser computado desde el día siguiente de notificada aquella, es decir desde el 26 de julio de 2012, el cual venció de manera indefectible el 09 de agosto del mismo año, sin que la empresa haya cumplido con presentar, a dicha fecha, la información referida en el artículo 2° en cuestión.

Cabe precisar que, constituye objeto del PAS el incumplimiento de TELEFÓNICA de entregar a la GFS la información indicada en el artículo 2° de la Medida Correctiva dentro del plazo establecido en dicho artículo, lo cual es un hecho probado y que no ha sido contradicho en los descargos.

Así, el hecho que la entrega de la información se haya efectuado en una fecha posterior al vencimiento del plazo de diez (10) útiles contados desde la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 188-2012-CD/OSIPTTEL (mediante la cual se resuelve su recurso de apelación en el marco de la Medida Correctiva) y que ello se haya efectuado de manera previa al inicio de PAS, no constituye de manera alguna un supuesto de entrega "de manera inmediata" como sostiene erróneamente la empresa pues, según la LPAG, el cómputo de dicho plazo debía realizarse desde que la Resolución de Gerencia General N° 265-2012-GG/OSIPTTEL fue eficaz, sin esperar el momento de la notificación del recurso de apelación, como ocurrió. En consecuencia lo señalado en los descargos no sustrae la materia sancionable, sin perjuicio que ello sea tenido en consideración a fin de efectuar la graduación de la multa.

Por otro lado, respecto a la supuesta existencia de circunstancias externas no imputables a dicha empresa debe señalarse que corresponde a la empresa operadora

⁴ LPAG

Artículo 16°.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo. (...)

⁵ LPAG

Artículo 192°.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

⁶ LPAG

Artículo 193°.- Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo

193.1 Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos pierden efectividad y ejecutoriedad en los siguientes casos:

193.1.1 Por suspensión provisional conforme a ley.

193.1.2 Cuando transcurridos cinco años de adquirido firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos.

193.1.3 Cuando se cumpla la condición resolutoria a que estaban sujetos de acuerdo a ley.

193.2 Cuando el administrado oponga al inicio de la ejecución del acto administrativo la pérdida de su ejecutoriedad, la cuestión es resuelta de modo irrecurrible en sede administrativa por la autoridad inmediata superior, de existir, previo informe legal sobre la materia.



la demostración de los hechos que la eximirían de la responsabilidad imputada⁷. En ese sentido, es TELEFÓNICA quien tiene la obligación de presentar material probatorio que acredite las causas eximentes de responsabilidad que hayan intervenido para que se produzca el incumplimiento del plazo establecido en el artículo 2° de la Medida Correctiva, lo cual no ha ocurrido.

En efecto, de una revisión de lo señalado en sus descargos, se evidencia que TELEFÓNICA únicamente se ha limitado a hacer referencia a lo expresado en su carta DR-107-C-0031/CM-13, la cual fuera enviada al OSIPTEL con ocasión de la entrega del cronograma de trabajo para la implementación de la simplificación de planes tarifarios. Como se aprecia, en dicha comunicación se especifican diversos aspectos vinculados a procesos regulatorios y comerciales considerados para la elaboración del cronograma, así como las actividades y procesos necesarios para la ejecución del mismo, incluyendo la casuística que podría presentarse, todo lo cual hacía "imposible precisar con absoluta certeza el plazo exacto" que tomaría efectuar la totalidad de migraciones y por ende el cumplimiento efectivo del cronograma en cuestión. Ello se muestra a continuación:

Asimismo, resulta relevante poner en su conocimiento que actualmente nuestra empresa enfrenta diversos procesos regulatorio y comerciales que requieren de adecuaciones y/o modificaciones de nuestros sistemas, los cuales comparten recursos ya comprometidos, y por lo tanto, han sido considerados al momento de elaborar el cronograma en mención.

En efecto, como es de su conocimiento, nuestros sistemas tienen una capacidad máxima de transacciones que pueden ser ejecutadas mensualmente. La red, específicamente las centrales telefónicas, tienen a su vez una cantidad límite de transacciones que pueden ser ejecutadas simultáneamente cuando cliente cambia de línea y/o se le agrega o se le quita un SVA.

Adicionalmente, se debe considerar la existencia de un flujo de migraciones regulares de clientes, las mismas que deben ser atendidas dentro de los plazos previstos.

Por otro lado, es importante precisar que el cronograma en mención ha tratado de recoger, dentro del reducido plazo con el que se ha contado para su elaboración, las actividades y procesos necesarios para la ejecución de la simplificación de planes; sin embargo, se debe tener en cuenta que existe una compleja casuística que se podría presentar generando modificaciones al presente cronograma.

Fuente: Expediente de Supervisión

Como se aprecia, la comunicación bajo comentario no hace referencia expresa a la supuesta existencia de circunstancias externas que justificarían la no entrega de la información requerida dentro del plazo establecido en el artículo 2° de la Medida Correctiva (plan de trabajo incluido el cronograma para la simplificación de los planes tarifarios) -como indica TELEFÓNICA en sus descargos-; sino más bien a circunstancias esgrimidas por la empresa operadora para justificar la eventual imposibilidad de cumplimiento de los plazos específicos contenidos dentro del referido cronograma alcanzado al OSIPTEL, aspecto que como se aprecia difiere totalmente del anterior por estar referido a la ejecución de los plazos del cronograma y no a problemas que justificarían la no entrega del plan de trabajo y cronograma dentro del plazo fijado en la Medida Correctiva.

⁷ Véase: ALARCON SOTOMAYOR, Lucia, El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales. Thomson Civitas, Navarra, primera edición, 2007, Pág. 398 y 399
 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. (El subrayado no es original).



Lo señalado se desprende con total claridad del contenido de otros apartados de la carta DR-107-C-0031/CM-13 cuyo texto ha sido incluido de modo parcial en los descargos de TELEFÓNICA. Efectivamente, de la lectura de la totalidad del contenido de la comunicación antes referida, se aprecia la existencia de otros párrafos no mencionados por la empresa operadora, los cuales permiten tener una idea exacta del real contexto y los alcances de la comunicación en cuestión, tal como se resalta a continuación:

En esa misma línea, se debe considerar que es imposible precisar con absoluta certeza el plazo exacto que nos tomaría ejecutar la totalidad de migraciones, dado que existe la posibilidad de que al momento de programar determinada migración, la línea se encuentra imposibilitada de ejecutarse. Esta casuística puede presentarse por diversos motivos, entre ellos, la existencia de una solicitud pendiente; por ejemplo, solicitudes de traslados, cambio de número, cambio de SVA, paquetizaciones, suspensiones por deuda o suspensiones temporales a pedido del cliente.

Los escenarios antes mencionados, hacen que sea técnicamente imposible viabilizar la migraciones y en cuyo caso, se debe esperar a la siguiente cíclica para ejecutar la migraciones, y aún en ese escenario, de continuar dicho escenario, por ejemplo, continúe la solicitud e suspensión del servicio a pedido del cliente, se deberá programar la migración en el siguiente mes.

Por lo antes mencionado, consideramos relevante mencionar que, pese a que nuestra empresa realizará los mayores esfuerzos por ejecutar el cronograma en las fechas previstas, de presentarse alguna ocurrencia que implique modificar la fecha programada para alguna de las migraciones contempladas, remitiremos a su Despacho la nueva programación acompañada del debido sustento.

Fuente: Expediente de Supervisión

Por las consideraciones expuestas, no resulta posible asimilar, ni pretender extender los alcances del reconocimiento que la GFS efectúa sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° de la Medida Correctiva; respecto de la obligación de cumplir con entregar al OSIPTEL, dentro del plazo ordenado, la información consignada en el artículo 2° de dicho acto administrativo, aspecto que ha quedado plenamente acreditado en el presente PAS, sin que se haya presentado alguna causa eximente de responsabilidad. Cabe añadir que, el inicio de este PAS se ha efectuado conforme al marco legal establecido, sin que exista vulneración alguna al Principio de Razonabilidad dispuesto en la LPAG, correspondiendo desestimar todas las consideraciones esgrimidas por TELEFÓNICA en este extremo.

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 30° de Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 (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 cometido⁸.



⁸ LPAG

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

(...)

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.



Con relación a este principio, el artículo 230° 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 artículo 62° del RGIS, al haber incurrido en el supuesto previsto en el artículo 2° de la Medida Correctiva, al no haber cumplido, dentro del plazo máximo establecido, lo dispuesto en dicho artículo, TELEFÓNICA ha incurrido en una infracción grave según la calificación expresada en el artículo 3° de la Medida Correctiva, haciéndose merecedora de una multa, de entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT, de conformidad con lo establecido por el artículo 25° de la LDFF.

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

Una aproximación parcial a este concepto está representado por el perjuicio económico causado a los abonados derivado del incumplimiento del plazo de diez (10) días dispuesto en la Medida Correctiva para entregar a la GFS el plan de trabajo, incluido el cronograma, que utilizaría para la implementación de la simplificación de planes tarifarios.

Debido a que TELEFÓNICA alcanzó a la GFS la información requerida en la Medida Correctiva aproximadamente cinco (5) meses después del vencimiento del plazo, ello originó un retraso en el proceso de implementación de planes tarifarios efectuado. En otras palabras, existen abonados que, durante un periodo de tiempo, continuaron pagando tarifas mayores en sus planes tarifarios contratados, situación que no habría ocurrido de no haber existido el incumplimiento que es objeto del presente PAS, y por ende, haber sido migrados en un momento anterior al efectivamente producido, hacia aquella otra tarifa que le reportaba una ventaja similar pagando una cantidad menor.

Cabe indicar que, en el caso en particular, no es posible ordenar una devolución a los afectados por la infracción incurrida por TELEFÓNICA, pues para ello sería necesario contar con información sobre las características de los abonados así como conocer los consumos de los mismos, información con la que no se contaba al momento de efectuado el presente análisis.

Atendiendo a que es la empresa operadora quien finalmente se vio beneficiada por esta situación, corresponde se efectúe la estimación del beneficio obtenido como consecuencia de la infracción incurrida, cuyo cálculo consta en el literal (v) del presente apartado.

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

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia 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 62° del RGIS, debe indicarse que TELEFÓNICA no reconoce la infracción incurrida. Asimismo, debe tenerse en cuenta que si bien dicha empresa alcanzó la información requerida por la Medida Correctiva el 08 de enero de 2013, ello se produjo con un retraso de casi 5 meses de vencido el plazo máximo dispuesto en el artículo 2° de la Medida Correctiva (09 de agosto de 2012). Los efectos derivados de dicho incumplimiento, son analizados en los numerales (ii) y (v) del presente apartado.

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

Sobre el particular, para cuantificar el beneficio obtenido por TELEFÓNICA debe considerarse que éste se encuentra representado, entre otros, no solo por los costos evitados de la empresa operadora por no dar cumplimiento a lo dispuesto por la Medida Correctiva en el plazo máximo dispuesta por ésta, sino también por el beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la infracción, considerando que dicho incumplimiento conllevó un retraso de cinco (5) meses, aproximadamente, para el inicio de la simplificación de los planes tarifarios, y que durante ese periodo, los usuarios de algunos planes tarifarios pagaron una tarifa superior a la que habría correspondido de haberse efectuado la migración derivada de la simplificación de planes tarifarios en una fecha previa, situación que no ha sido revertida hasta la fecha.

En ese orden de ideas, a fin de generar incentivos eficientes para desalentar este tipo de conductas, la multa se calculará sobre la base del ingreso que la empresa obtuvo al mantener la conducta infractora en cuestión (lo que en términos económicos se conoce como juego de suma cero). Así, para una estimación del beneficio obtenido por la comisión de la infracción (BI), se tendrá en cuenta la diferencia entre la tarifa cobrada a los usuarios (T_0) menos aquella otra tarifa que reportaba una ventaja superior pagando una cantidad menor (T_1), de modo que $BI = T_0 - T_1$, lo cual se calculará por el periodo de tiempo en que acaeció la infracción.

Para tales efectos se ha procedido a efectuar una estimación del ingreso indebido mensual percibido por TELEFÓNICA como resultado directo del incumplimiento de lo ordenado en el artículo 2° de la Medida Correctiva, calculando el diferencial de la tarifa resultante a la simplificación tarifaria, multiplicándolo por el número de abonados afiliados a dichos planes tarifarios, así como por un valor de incremento por servicios adicionales, todo ello durante los cinco meses que transcurrieron desde que venció el plazo máximo que tenía la empresa para alcanzar a la GFS el plan de trabajo, incluido el cronograma que utilizaría para la simplificación de planes tarifarios, hasta el momento en que dicha entrega se produjo.

El resultado se muestra en la Tabla 1 a continuación:



Tabla 1: Estimación del Beneficio Ilícito obtenido por TELEFÓNICA

Plan origen	Tarifa fecha origen (*): jun-ago 2012 (S/.)	Tarifa fecha destino (*): dic-feb 2013 del plan origen (S/.)	Plan destino	Tarifa fecha destino (*): dic-feb 2013 del plan destino (S/.)	Diferencial de tarifa por simplificación tarifaria (**)	Abonados a enero 2013	Incremento por servicios adicionales (***)	Ingreso indebido mensual	Ingreso indebido en cinco meses
Plan al Minuto 4 (PS: 8979)	50	50	Línea Plus 13 - (PS: 8957)	38.3	11.7	588	1.06	7,292	36461.88
Plan al Minuto 5 (PS: 8980)	50	50	Línea Plus 13 - (PS: 8957)	38.3	11.7	12,162	1.06	150,833	754165.62
Plan al Minuto 3 (PS: 8978)	42.37	42.37	Plus al segundo - (PS: 16630)	30.67	11.7	160	1.06	1,984	9921.6
Plan al Minuto 2 (PS: 8977)	42.37	42.37	Plus al segundo - (PS: 16630)	30.67	11.7	391	1.06	4,849	24245.91
Multa en Nuevos Soles									824795.01
Multa en UIT									214.23

(*) No se considera servicios de valor añadido. Los rangos jun-ago 2012 y dic-feb 2013 representan el periodo que va desde el 09/08/2012 (fecha en que TELEFÓNICA debió entregar lo ordenado en la Medida Correctiva) al 08/01/2013 (fecha en que se produjo la entrega).
 (**) Considera diferencial positivo que constituye ingreso de TELEFÓNICA.
 (***) El 6% calculado (factor de 1.06) se obtiene de dividir los ingresos de TELEFÓNICA por servicios adicionales (aquellos que no están considerados en la renta mensual, sino que son añadidos y pagados adicionalmente al servicio regular) entre los ingresos de dicha empresa por abono mensual, durante el periodo correspondiente al cálculo de la multa.

Se ha tomado en consideración la información de los actuados que constan en el Expediente de Supervisión así como la información sobre las tarifas de TELEFÓNICA con que cuenta la Gerencia de Políticas Regulatorias y de Competencia del OSIPTEL, resultando un beneficio ilícito percibido de S/. 824,795 Nuevos Soles, el cual es equivalente a 214.23 UIT.

Para el caso de la infracción incurrida en el presente caso, la multa a ser impuesta para las infracciones calificadas como graves no puede ser mayor a 150 UIT, conforme lo dispuesto en la LDFF, por lo que corresponde ajustar el monto calculado al límite legal antes referido.

Debe destacarse que, de no ser por la restricción legal mencionada en el párrafo anterior, correspondería aplicar en el presente caso un monto de multa más alto, de incluirse el costo evitado por no iniciar el proceso de simplificación de planes tarifarios en una fecha anterior al momento en que ello dio inicio, así como, de considerarse la probabilidad de detección y sanción de la infracción imputada.

(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. Habida cuenta que los hechos que sustentan el PAS ocurrieron en el año 2012, corresponde tomar como referencia el año 2011.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF y al principio de razonabilidad, corresponde sancionar a la empresa TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A. con una multa de ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 62° del RGIS.



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 TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con CIENTO CINCUENTA (150) UIT, por no cumplir lo dispuesto en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 265-2012-GG/OSIPTEL, al no presentar el plan de trabajo, incluido el cronograma, que utilizaría para la implementación de la simplificación de planes tarifarios, dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles, infracción calificada como grave en el artículo 3° de la misma Resolución, en el marco de lo dispuesto en el artículo 62° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL y modificatorias; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- 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 actual Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión coordinar con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme, y poner en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Gerente General (e)

