

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTELOSIPTEL
GG
FOLIOS
51**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 409-2015-GG/OSIPTEL**

Lima, 12 de junio de 2015

EXPEDIENTE N°	:	00001-2014-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° 488-GFS/2015 por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por la supuesta comisión de la infracción tipificada por el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas (Reglamento de Tarifas), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y sus modificatorias⁽¹⁾.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Informe de Supervisión N° 010-GFS/2014 (Informe de Supervisión), de fecha 03 de enero de 2014, contenido en el expediente N° 00325-2012-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la GFS emitió el resultado de la verificación de las devoluciones realizadas por TELEFÓNICA, por haber aplicado tarifas mayores en las llamadas desde un teléfono público hacia un teléfono móvil –incluyendo las redes de Comunicaciones Personales y Troncalizado– empleando las tarjetas 147 y Hola Perú², con relación al ajuste no periódico de tarifas tope del servicio de llamadas desde teléfonos públicos de TELEFÓNICA, establecido en la Resolución N° 148-2011-CD/OSIPTEL³; advirtiendo la comisión de la infracción materia del presente PAS, y en esa línea concluyó lo siguiente:

De otro lado, Telefónica del Perú S.A.A. habría incumplido con lo dispuesto en el literal ii, segundo párrafo del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, toda vez que, aplicó una tarifa mayor a la tarifa promocional publicada con código SIRT TPTF201200208, afectando a novecientos nueve (909) llamadas TUP-Móvil, empleando la tarjeta Hola Perú, por un monto total de S/. 156,86, los días 14 y 15 de marzo de 2012; este último hasta las 06:48:40 horas.
(...)

¹ Cabe señalar que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano en 17 de febrero de 2014, se modificó –entre otros– el artículo 43° del Reglamento de Tarifas; sin embargo, dicho dispositivo recoge la misma obligación que sustenta el inicio del presente PAS.

² Lo cual se evidenció en el Expediente de Supervisión N° 00011-2012-GG-GFS, que dio lugar al expediente PAS N° 00089-2012-GG-GFS/PAS.

³ Ajuste No Periódico de Tarifas Tope del Servicio de Llamadas desde Teléfonos Públicos de Telefónica del Perú S.A.A. a redes de Telefonía Móvil, de Comunicaciones Personales y Troncalizado.



Toda vez que, el incumplimiento de lo dispuesto en el literal ii segundo párrafo del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas se encuentra tipificado como infracción grave, corresponde el inicio de un **Procedimiento Administrativo Sancionador**.

2. Mediante carta C.020-GFS/2014, notificada el 07 de enero de 2014, la GFS comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
3. Mediante carta DR-107-C-0294/DF-14, recibida con fecha 04 de marzo de 2014, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
4. A través de la comunicación C.907-GFS/2014 notificada el 02 de mayo de 2014, la GFS solicitó a TELEFÓNICA precise los alcances de lo señalado en su comunicación DR-107-C-0294/DF-14, puesto que lo informado no se ajustaba a la información publicada en el Sistema de Información y Registro de Tarifas (SIRT) en cuanto a la tarifa promocional SIRT N° TPTF201200208.
5. Mediante carta DR-107-C-0559/DF-14, presentada el 16 de mayo de 2014, TELEFÓNICA se pronunció respecto de lo solicitado.
6. A través de las comunicaciones DR-107-C-1127/DF-14, DR-207-C-1225/DF-14 y TP-AR-GGR-0038-15 presentadas los días 29 de agosto y 12 de setiembre de 2014, y 8 de enero de 2015, respectivamente, TELEFÓNICA solicitó a la GFS sostener reuniones de trabajo con la finalidad de revisar de manera conjunta y exponer alternativas para cumplir las observaciones planteadas a través de los procedimientos sancionadores en trámite. Las reuniones solicitadas se llevaron a cabo los días 11 y 17 de setiembre de 2014, y 27 de enero de 2015.
7. Mediante carta C.608-GFS/2015 notificada el 06 de abril de 2015, se solicitó a TELEFÓNICA las acciones adoptadas a fin de asegurar la aplicación oportuna de sus tarifas. Dicha solicitud fue absuelta por la empresa operadora a través de la comunicación TP-AR-GGR-0873-15 tramitada en el expediente de confidencialidad 00237-2015-GG-GFS/IC.
8. Con fecha 15 de mayo de 2015, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 488-GFS/2015.



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 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 la presunta comisión de la infracción tipificada en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas⁴, que establece lo siguiente:

Artículo 43°.- Infracciones

(ii) Infracciones Graves

(...)

La empresa operadora que aplique tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública conforme a los artículos 11, 12 y 16, incurrirá en infracción grave.(...)

De acuerdo al Informe de Supervisión que sustenta el inicio del presente PAS, TELEFÓNICA habría incurrido en la mencionada infracción tipificada en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, al haber aplicado tarifas mayores a la tarifa vigente, en relación a la *Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 023-TJ* con código TPTF201200208, la misma que contó con las siguientes características:

- Aplicación: Desde el 14 al 20 de marzo de 2012, para llamadas fijo-móvil desde teléfonos públicos hacia teléfonos móviles (TUP-móviles) utilizando la tarjeta Hola Perú.
- Tarifa Promocional: S/. 0,10 x 22 segundos + S/. 0,10 x 22 segundos + S/. 0,10 por cada bloque de 17 segundos de comunicación las 24 horas del día.

Cabe señalar que la promoción aludida fue registrada por TELEFÓNICA a fin de cumplir el proceso de devolución por la incidencia ocurrida del 21 al 27 de diciembre de 2011, y que fuera analizada en el expediente PAS N° 00089-2012-GG-GFS/PAS⁵ (expediente de

⁴ Artículo vigente al momento de la comisión de los hechos materia del presente PAS, el cual resulta aplicable al presente caso en virtud al Principio de Irretroactividad recogido en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, el cual establece lo siguiente:

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

⁵ En dicho expediente a través de la Resolución de Gerencia General N° 230-2014-GG/OSIPTEL se sancionó a TELEFÓNICA de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 1°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con seis (06) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 05 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL, modificada con Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD/OSIPTEL, por el incumplimiento del artículo 11° de dicha norma, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con sesenta y siete (67) UIT, por la comisión de la infracción grave prevista en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, al aplicar tarifas mayores a las publicadas o puestas a disposición pública mediante los registros SIRT N° TFTP201200145, N° TFTP201200148 y N° TFTP201200150; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.



supervisión N° 00011-2012-GG-GFS) en relación a la aplicación de tarifas mayores a la tarifa tope fijada por el OSIPTEL mediante la Resolución de Ajuste N° 148-2011-CD/OSIPTEL.

De esta manera, conforme se analiza en el Informe de Supervisión, en las llamadas TUP-Móvil efectuadas el 14 y 15 de marzo de 2012 hasta las 06:48:40 horas, se evidenció que 909 llamadas fueron afectadas por la aplicación de una tarifa mayor a la tarifa publicada por TELEFÓNICA en el SIRT. Dicha tarifa mayor fue de 0,20 x 22 segundos + 0,20 x 22 segundos + 0,10 x por cada bloque de 17 segundos, tal como se detalló a través del siguiente cuadro contenido en el mencionado Informe:

Llamadas cobradas con Tarifa Mayor a la Publicada				
Fecha	Cantidad Llamadas	Monto Cobrado	Debió Cobrar	Diferencia
14/03/2012	884	S/. 870,46	S/. 717,70	S/. 152,76
15/03/2012	25	S/. 20,00	S/. 15,90	S/. 4,10

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 perjudicado⁶, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

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

1. Análisis:

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

- (i) El inicio del presente PAS no se ajusta a lo establecido por el Principio de Razonabilidad, debiendo considerarse que estableció medidas para disminuir las consecuencias de la inaplicación de la tarifa promocional registrada con código SIRT N° TPTF201200208.
- (ii) Correspondería archivar el PAS debido a que efectuó la subsanación de manera espontánea.

1.1 Sobre el Principio de Razonabilidad y las medidas adoptadas por TELEFÓNICA

En sus descargos TELEFÓNICA manifiesta que la *Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 023-TJ*, registrada con código SIRT N° TPTF201200208 se aplicaría del 14 al 20 de marzo de 2012, debido a un problema logístico (comunicado en su carta DR-107-C-099/FA-13), dicha promoción

⁶ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ª ed., Pág. 539.

empezó a aplicarse luego de las 06:50 horas del día 15 de marzo de 2012; no obstante, la misma se mantuvo vigente hasta el 22 de marzo de 2012, es decir, hasta dos (02) días posteriores a la fecha de vigencia que figuraba en el SIRT.

Sustenta TELEFÓNICA que, de esta manera, subsanó de modo inmediato y espontáneamente el retraso de la aplicación de la tarifa publicada; y que la GFS no ha considerado que: (i) la tarifa publicada se trata de una tarifa promocional que se encontraba justificada en un proceso de devolución, cuya finalidad se ha cumplido, (ii) la tarifa promocional se extendió por un lapso mayor (2 días) al periodo que duró el retraso de la aplicación de la tarifa (1 día), (iii) la subsanación ocurrió inmediatamente, una vez detectado el retraso en la aplicación tarifaria y mucho antes de ser notificada con el intento de sanción, y (iv) el primer tramo de la tarifa aplicada fue de S/. 0,10 por los primeros 23 segundos, no por los primeros 22 segundos; de esa forma, se aplicó una tarifa más favorable para el usuario en el primer tramo.

Asimismo, señala TELEFÓNICA que con la finalidad de remediar los perjuicios ocasionados por la aplicación de una tarifa mayor, mediante carta DR-107-C-623/FA-13 informó que aplicaría nuevamente la *Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 147*, durante los días 16 y 17 de abril de 2013, registrándola con código TPTF201300202. Agrega la empresa operadora que la aplicación efectiva de esta tarifa fue durante treinta (30) días aproximadamente desde las 00:00 horas del día 15 de abril hasta el 15 de mayo de 2013.

De esta manera, TELEFÓNICA manifiesta que cumplió con realizar las devoluciones tanto por las incidencias ocurridas los días del 21 al 27 de diciembre de 2011 (incumplimiento sancionado en el expediente N° 00089-2012-GG-GFS/PAS), como del 14 al 15 de marzo de 2012 (materia del presente PAS), realizando las acciones necesarias para reparar los daños generados por la aplicación tardía de las tarifas con las promociones registradas mediante códigos SIRT N° TPTF201200208 y N° TPTF201300202. Concluye la empresa operadora que ha realizado actos que justificarían el archivo del presente PAS, considerando adicionalmente que las devoluciones fueron por montos superiores a los afectados.



En esa línea, considera TELEFÓNICA que para el inicio del PAS no se ha realizado ponderación alguna sobre la conducta atribuida en atención a las circunstancias en las que los hechos se produjeron, fundamentalmente en la ausencia de intencionalidad, resultando tal decisión, según afirma, irrazonable y desproporcionada, vulnerando el Principio de Razonabilidad, en la medida que no existe perjuicio alguno y cumplió con reparar el daño generado.



En relación a lo manifestado por la empresa operadora, conforme se ha señalado con anterioridad, la *Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 023-TJ*, fue registrada con código SIRT N° TPTF201200208 con la finalidad de devolver a los usuarios la aplicación de tarifas mayores a la tarifa tope fijada establecida en la Resolución N° 148-2011-CD/OSIPTEL, respecto de llamadas originadas desde teléfonos públicos hacia teléfonos móviles, mediante el uso de tarjetas Hola Perú y/o 147 al minuto y al segundo, durante el periodo del 21 de diciembre al 27 de diciembre de 2011, lo cual fue analizado en el expediente N°

00089-2012-GG-GFS/PAS, determinándose la responsabilidad por parte de la empresa operadora.

Sobre el particular, tal y como apunta TELEFÓNICA en sus descargos, el Informe de Supervisión⁷ concluye que a través de la mencionada promoción registrada con código SIRT N° TPTF201200208, cumplió con efectuar la devolución correspondiente por haber aplicado tarifas mayores en las llamadas TUP-Móvil empleando las tarjetas 147 y Hola Perú, con relación al ajuste no periódico establecido a través de la Resolución N° 148-2011-CD/OSIPTEL⁸.

No obstante, conforme se concluyó también en el Informe de Supervisión y que es materia de análisis en el presente PAS, se evidenció que TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto en el numeral (ii), segundo párrafo del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, toda vez que, según las condiciones de la promoción registrada con código SIRT N° TPTF201200208, ésta se aplicaría desde el 14 al 20 de marzo de 2012, con una tarifa promocional de S/. 0,10 x 22 segundos + S/. 0,10 x 22 segundos + S/. 0,10 por cada bloque de 17 segundos con un factor de interés de S/. 0,34; sin embargo, se verificó que novecientos nueve (909) llamadas TUP-Móvil efectuadas el 14 y 15 de marzo de 2012 hasta las 06:48:40 horas, fueron afectadas por la aplicación de una tarifa mayor de S/. 0,20 x 22 segundos + S/. 0,20 x 22 segundos + S/. 0,10 por cada bloque de 17 segundos; por un monto total de S/. 156,86.

Cabe señalar que en sus descargos TELEFÓNICA reconoce expresamente la comisión del incumplimiento detectado, alegando que debido a *problemas de carácter logístico* la tarifa correspondiente a la promoción registrada con código SIRT N° TPTF201200208 no pudo ser aplicada desde el 14 de marzo de 2012, ocasionándose un cobro mayor.

En este punto debe señalarse que corresponde a TELEFÓNICA garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, puesto que la administración de sus sistemas operativos se encuentran dentro del ámbito de su control, en esa línea, alegar un "*problema de carácter logístico*" no puede eximirla de sus obligaciones. En todo, caso correspondía a TELEFÓNICA, probar una diligencia debida o la concurrencia de una causa de exculpación, esto es, que los hechos acaecidos se habrían encontrado fuera de su posibilidad de control.

⁷ En concordancia con las conclusiones arribadas del Expediente de Supervisión N° 00011-2012-GG-GFS.

⁸ En el Informe de Supervisión se indica lo siguiente:

1. "**Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta 147 al minuto o al segundo 004-TJ**" con código SIRT TPTF201200208, por un monto total de S/. 7.407,71, siendo superior al monto afectado. A su vez, en dicho SIRT, se indicó que las devoluciones se efectuaron en atención a la incidencia ocurrida durante el periodo del 21 al 26 de diciembre de 2011, con un factor de interés de S/. 16,2.
2. "**Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 023-TJ**" con código SIRT TPTF201200208, por un monto total de S/. 1.173,44, siendo superior al monto afectado. A su vez, en dicho SIRT, se indicó que las devoluciones se efectuaron en atención a la incidencia ocurrida durante el periodo del 21 al 26 de diciembre de 2011, con un factor de interés de S/. 0,34.



No obstante, a lo largo del procedimiento, TELEFÓNICA no ha acreditado que los problemas logísticos alegados fueran invencibles, ni que no pudo actuar de modo distinto aún comportándose diligentemente acorde con su calidad de empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones.

Es de considerar, tal como ha sido reconocido por el Consejo Directivo en otro pronunciamiento⁹, el nivel de diligencia exigido a TELEFÓNICA debe ser alto, puesto que es un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones; por consiguiente, se espera que dicha empresa operadora adopte suficientes medidas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resulten exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde honrar obedezca a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de toda posibilidad de control.

Cabe señalar que el hecho de que la empresa operadora aplicara las tarifas promocionales registradas con códigos SIRT TPTF201200208 y TPTF201300202, por un periodo más extenso del publicado, no la exime de su responsabilidad de aplicar la promoción acorde con la tarifa y duración registrada en el SIRT, máxime cuando a través de las publicaciones en dicho Sistema, se pone a disposición del público en general las tarifas establecidas por las empresas operadoras, las mismas que deben registrarse según lo publicado.

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario reiterar que según el análisis efectuado en el Informe de Supervisión, TELEFÓNICA aplicó una tarifa mayor de S/. 0,20 x 22 segundos + S/. 0,20 x 22 segundos + 0,10 x por cada bloque de 17 segundos frente a la tarifa publicada S/. 0,10 x 22 segundos + S/. 0,10 x 22 segundos + S/. 0,10 x por cada bloque de 17 segundos en las llamadas TUP-Móvil efectuadas el 14 y 15 de marzo de 2012 hasta las 06:48:40 horas; no apreciándose durante dicho periodo –el mismo que corresponde a la imputación– el cobro señalado por la empresa operadora respecto a que en el primer tramo de la tarifa aplicada fue de S/. 0,10 por los primeros 23 segundos.

Asimismo, si bien TELEFÓNICA refiere que la tarifa con código N° TPTF201300202 –a través de la cual registró nuevamente la *Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 147*– habría sido aplicada durante treinta (30) días aproximadamente desde las 00:00 horas del día 15 de abril hasta el 15 de mayo de 2013; dicha información no ha sido sustentada por la empresa operadora, puesto que de acuerdo a lo registrado en el SIRT dicha tarifa estuvo vigente únicamente por (02) dos días (16 y 17 de abril de 2013); adicionalmente, cabe indicar que a través de la comunicación C.907-GFS/2014¹⁰, se solicitó información sobre el particular a TELEFÓNICA, la misma que en su comunicación TP-AR-GGR-0873-15¹¹ del 10 de abril de 2015, hace referencia a la publicación en el SIRT sobre la vigencia de la promoción durante los indicados días 16 y 17 de abril de 2013.



⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 070-2013-CD/OSIPTEL, del 16 de mayo de 2013.

¹⁰ Fojas 18 del expediente PAS.

¹¹ Obrante en el confidencial 237-2015-GG-GFS/IC.

Cabe señalar que la aplicación de la tarifa promocional *Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 147*, así como la aplicación por un tiempo mayor de la promoción registrada con código SIRT TPTF201200208, no puede ser entendida como una subsanación del perjuicio económico causado a los abonados que se comunicaron utilizando las tarjetas Hola Perú durante los días 14 y 15 de marzo de 2012 hasta las 06:48:40 horas, y a los cuales se aplicó una tarifa mayor a la tarifa establecida en la promoción; puesto que la empresa operadora, no ha probado que sean esos mismos abonados los que se hayan beneficiado con la aplicación de tales promociones, subsistiendo, de esta manera, el perjuicio económico causado.

De igual manera, en el caso de las circunstancias a las que hace referencia TELEFÓNICA, como el comportamiento posterior del infractor y la magnitud del daño causado, son aspectos a ser considerados durante la determinación de la sanción a imponerse y no para determinar la configuración del tipo infractor y el consecuente inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

De la misma forma, corresponderá evaluar la alegada ausencia de intencionalidad, más aun cuando no resulta necesaria la intencionalidad (dolo) en la conducta del agente para la configuración del tipo infractor, toda vez que en el marco de la responsabilidad subjetiva la conducta infractora es sancionable también por culpa, correspondiendo analizar si la referida empresa operadora infringió el deber de cuidado o diligencia que le era exigible; siendo que en el presente caso, aun cuando TELEFÓNICA ha argumentado la existencia de un "problema logístico", de los actuados, se observa que la citada empresa operadora no ha descrito ni en el expediente de supervisión, ni en el presente PAS, cómo se produjo dicho problema, ni ha acreditado su carácter de invencible a fin de poder ser exonerada de responsabilidad.

Finalmente, en cuanto a la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad, se debe tener presente la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA/TC, en la cual dicho Colegiado concluye que "(...) La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias (...), esto "implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos".

Asimismo, el Tribunal Constitucional¹² ha establecido que para tomar una decisión razonable se deben seguir cuando menos las siguientes pautas:

- a. La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.
- b. La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que

¹² Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los expedientes N° 2192-2004-AA-TC y N° 3567-2005-AA-TC

implica no sólo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas.

- c. Que la medida adoptada sea la idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

Ahora bien, como se ha señalado previamente, el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas dispone que la empresa operadora que aplique tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública conforme al artículo 11° de la misma norma, incurrirá en infracción grave; verificándose que en el presente caso, TELEFÓNICA aplicó una tarifa mayor a la tarifa promocional publicada con código SIRT TPTF201200208, los días 14 y 15 de marzo de 2012, este último hasta las 06:48:40 horas.

Sobre la comprensión objetiva y razonable de los hechos, debe tenerse en cuenta que los montos cobrados por encima de la tarifa publicada en el SIRT no permitió a los usuarios que utilizaron las tarjetas Hola Perú un consumo mayor de su saldo, lo cual habría sido posible de haberse aplicado la tarifa correcta.

De otro lado, es preciso tener en cuenta que el ejercicio de la potestad sancionadora y la correspondiente imposición de una sanción administrativa, se justifican y constituyen el medio viable e idóneo para desalentar la comisión de la infracción, en tanto se busca una finalidad preventiva y represiva, a fin de que la empresa adopte mayor diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

Asimismo, no debe perderse de vista que la publicación de la tarifa promocional registrada con SIRT TPTF201200208 correspondía a un proceso de devolución iniciado por TELEFÓNICA, toda vez que en otra oportunidad anterior aplicó tarifas mayores con relación al ajuste no periódico de tarifas tope del servicio de llamadas desde teléfonos públicos a redes de Telefonía Móvil, de Comunicaciones Personales y Troncalizado según lo dispuesto por la Resolución N° 148-2011-CD/OSIPTEL; en tal contexto, correspondía a TELEFÓNICA, maximizar una conducta diligente, con la finalidad de revertir los efectos del incumplimiento detectado, sin embargo, ésta incidió nuevamente en el citado incumplimiento.

De conformidad con los fundamentos expuestos, el inicio de un PAS por la comisión de la infracción prevista en el numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, se encuentra plenamente justificado, en virtud a que con ella se busca reprimir la conducta infractora, además busca que TELEFÓNICA adopte la diligencia debida para evitar futuros incumplimientos de su deber de aplicar las tarifas según lo informado o puesto a disposición del público; no habiéndose vulnerado, por tanto, los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.

Por lo expuesto, se desestiman los argumentos planteados por la empresa operadora en este extremo.

1.2 Sobre la subsanación de la infracción alegada por TELEFÓNICA

Señala TELEFÓNICA que al presente PAS le resultan aplicables las reglas establecidas en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹³ (RGIS) en cuanto al régimen de beneficios, es decir, el literal a) del artículo 55° que dispone la amonestación e incluso la condonación en caso de subsanación previa a la notificación del intento de sanción.

De esta manera, dicha empresa operadora refiere que antes del inicio del presente PAS efectuó las devoluciones correspondientes al aplicar tarifas promocionales –códigos SIRT N° TPTF201200208 y N° TPTF201300202– con lo cual resultaría procedente la exoneración de la sanción al haberse subsanado la conducta imputada.

En cuanto a lo manifestado por TELEFÓNICA, corresponde remitirse a lo dispuesto por el artículo 55° del RGIS, norma que prescribe lo siguiente:

***Artículo 55.-** OSIPTEL podrá, en el caso de infracciones no calificadas como muy graves, condonar el monto de las sanciones si lo estima pertinente; siempre y cuando, la empresa operadora subsane espontáneamente la infracción hasta el quinto día posterior a la fecha de notificación de la comunicación señalada en el numeral a) del artículo anterior. Alternativamente OSIPTEL podrá emitir una amonestación escrita.*

De la lectura de dicha norma, se observa que, en caso el OSIPTEL lo considere pertinente, puede aplicar el régimen de beneficios previsto por el artículo 55° del RGIS, para lo cual se requieren los siguientes requisitos: (i) que se haya configurado una infracción calificada como no muy grave y, ii) que la empresa operadora haya subsanado espontáneamente la infracción hasta el quinto día posterior a la fecha de notificación de cargos.

Cabe indicar que, si bien en el presente caso la infracción imputada es una infracción grave, por lo cual, se cumple con el primer requisito, correspondía analizar si efectivamente se ha producido la subsanación de la infracción.

Sobre el particular, TELEFÓNICA afirma que habría subsanado su conducta con las devoluciones realizadas, a través de las tarifas promocionales registradas en el SIRT con códigos N° TPTF201200208 (la misma que se mantuvo vigente hasta el 22 de marzo de 2012) y N° TPTF201300202 (a través de la cual se aplicó nuevamente la *Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 023-TJ* durante los días 16 y 17 de abril de 2013).

Cabe señalar que a efectos de considerar subsanada la conducta imputada, no basta solo el cese de la conducta infractora por parte de TELEFÓNICA; sino que, además, debe existir la subsanación de la infracción, lo cual implica que dicha empresa debe acreditar la reparación del daño causado a los usuarios a quienes, de manera indebida, cobró una tarifa que no correspondía.

Cabe precisar, en cuanto a lo alegado por TELEFÓNICA que la aplicación de las tarifas promocionales registradas en el SIRT con códigos N° TPTF201200208 y N°

¹³ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL.

TPTF201300202 no resulta una subsanación del perjuicio económico causado a los abonados que se comunicaron a través de las tarjetas Hola Perú, a las cuales se aplicó una tarifa mayor a la establecida durante el periodo del 14 y 15 de marzo de 2012 hasta las 06:48:40 horas, pues la empresa operadora no ha probado que esos mismos abonados se hayan beneficiado con la aplicación de las citadas promociones¹⁴.

Por lo expuesto, se concluye que la conducta infractora no fue subsanada en los términos establecidos en el artículo 55° del RGIS, por lo que no corresponde aplicar dicho régimen de beneficios.

De otro lado, correspondería verificar adicionalmente si cabe la aplicación del régimen de beneficios⁽¹⁵⁾ del Reglamento de Fiscalización Infracciones y Sanciones (RFIS); no obstante, de acuerdo a lo señalado por el Consejo Directivo en un pronunciamiento previo⁽¹⁶⁾, la reversión de los efectos derivados de la infracción debe implicar que a los afectados con la conducta infractora les sean destinadas acciones orientadas a revertir el perjuicio causado. Por tanto, tampoco resulta aplicable el régimen de beneficios del RFIS, toda vez que los beneficiarios de las campañas promocionales emitidas para realizar la compensación correspondiente, no fueron necesariamente los usuarios afectados por el cobro de las tarifas mayores.

Sin perjuicio de que no resulte aplicable el régimen de beneficios del RGIS y RFIS, debe tomarse en cuenta la conducta de TELEFÓNICA orientada a corregir el daño causado con la aplicación de tarifas mayores, a través de las campañas promocionales que se publicaron en el SIRT.

3. Determinación de la sanción

A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por las infracción administrativa evidenciada, se debe tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), así como el Principio de Razonabilidad, recogido en el numeral 1.4 del artículo IV de la LPAG, 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



¹⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 070-2013-CD/OSIPTEL del 16 de mayo de 2013

¹⁵ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL (RFIS)
Artículo 18°.- Régimen de beneficios

La Empresa Operadora contará con los siguientes beneficios:

(i) Cuando, hasta el quinto día posterior a la fecha de comunicación del inicio del procedimiento sancionador, la Empresa Operadora acredite que se ha producido el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y la reversión de todo efecto derivado, el OSIPTEL reducirá la multa a imponer dentro de un rango de treinta por ciento (30%) a sesenta por ciento (60%). (...).
(Sin subrayado en el original).

¹⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 146-2013-CD/OSIPTEL del 24 de octubre de 2013, que resolvió el recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA, en relación al PAS seguido en su contra por la comisión de las infracciones tipificadas en el tercer párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del RGT y el artículo 17° del RGIS. (Expediente N° 0002-2012-GG-GFS/PAS)

públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

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:

Sobre el particular, de conformidad con lo señalado en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas vigente al momento de la comisión de la infracción, TELEFÓNICA habría incurrido en una infracción grave, respecto de la cual, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25° de la LDFF, correspondería la aplicación de una multa de entre cincuenta y un (51) y ciento cincuenta (150) UIT.

Cabe señalar que si bien el nuevo Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Tarifas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD/OSIPTEL el 06 de febrero de 2014, califica como mayor gravedad (infracción muy grave) el incumplimiento detectado; dicha modificación no resulta aplicable al presente caso, considerando que la misma entró en vigencia con posterioridad a la comisión de los hechos materia del presente PAS, con lo cual, corresponde aplicar el Principio de Irretroactividad recogido en el numeral 5 del artículo 230° de la LPAG¹⁷.

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

Debe tenerse en cuenta que los montos cobrados superiores a la tarifa publicada en el SIRT no permitió un consumo mayor de su saldo a los usuarios que utilizaron la tarjeta Hola Perú los días 14 y 15 de marzo de 2012 hasta las 06:48:40 horas para efectuar llamadas desde teléfonos públicos hacia teléfonos móviles, lo cual habría sido posible de haberse aplicado la tarifa correcta.

Cabe señalar que dicha afectación se produjo en 909 (novecientas nueve) llamadas por S/. 156,86 Nuevos Soles.

¹⁷ Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

Asimismo, el perjuicio se ha producido incluso, a pesar de haberse efectuado las devoluciones correspondientes, más aún, cuando –tal y como se ha indicado– en escenarios de llamadas mediante el empleo de dichas tarjetas prepago la devolución no recae, necesariamente, en los usuarios afectados, de modo que cualquier medida compensatoria del daño producido, no abarca a la totalidad de estos.

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

Corresponde analizar si se ha configurado la figura de reincidencia en el marco de lo dispuesto en el artículo 5° del RFIS, norma que señala lo siguiente:

Artículo 5°.- Reincidencia en la comisión de infracciones

El OSIPTEL, al determinar el monto de la multa a imponer a la Empresa Operadora, evalúa la existencia de reincidencia en la comisión de una misma infracción, en cuyo caso el monto de la multa será el que corresponda a la última infracción por el número de veces en que se ha determinado su existencia. El monto finalmente a imponerse en ningún caso podrá ser inferior o igual al monto de la multa impuesta para la infracción anterior.

(...)

Se considera reincidencia siempre que exista resolución anterior que, en vía administrativa, hubiere quedado firme o haya causado estado; y, que la infracción reiterada se haya cometido en el plazo de dos (2) años desde la fecha en que se notificó a la Empresa Operadora la carta de inicio del procedimiento administrativo sancionador.(...)

Como es posible apreciar, la norma señalada exige lo siguiente para la configuración de la reincidencia:

- (a) Que exista una resolución anterior que, en vía administrativa, hubiere quedado firme o haya causado estado.
- (b) Que la infracción reiterada se haya cometido en el plazo de dos (2) años desde la fecha en que se notificó a la Empresa Operadora la carta de inicio del procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto al requisito indicado en el literal (a), debe señalarse que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 134-2013-CD/OSIPTEL del 26 de setiembre 2013, emitida en el expediente N° 00019-2012-GG-GFS/PAS, se declaró Infundado el recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia General N° 636-2013-GG/OSIPTEL¹⁸, confirmando la multa de noventa (90) UIT a TELEFÓNICA, al haber aplicado tarifas mayores a las publicadas en el SIRT durante el periodo comprendido entre el 10 de febrero de 2010 y el 22 de marzo de 2010, mediante el uso de las tarjetas 147 y 147 al segundo.



¹⁸ De esta manera, se confirmó la Resolución de Gerencia General N° 636-2013-GG/OSIPTEL emitida el 31 de julio de 2013; la cual, a su vez, declaró infundado el recurso de Reconsideración interpuesto y confirmar la Resolución de Gerencia General N° 415-2013-GG/OSIPTEL, emitida el 24 de mayo de 2013.

Respecto al requisito señalado en el literal (b) se tiene que la infracción correspondiente al presente PAS se cometió los días 14 y 15 de marzo de 2012, habiéndose iniciado el procedimiento sancionador seguido expediente N° 00019-2012-GG-GFS/PAS el 07 de marzo de 2012, con la notificación de la carta N° C.425-GFS/2012.

En atención a lo anterior, es posible determinar que en el presente PAS se ha configurado la reincidencia; debiendo considerarse al momento de aplicar la sanción, que en virtud de lo previsto en el mencionado artículo 5° del RFIS, el monto de la multa será el que corresponda a la última infracción –la misma que fue de noventa (90) UIT en el expediente N° 00019-2012-GG-GFS/PAS– por el número de veces en que se ha determinado su existencia, es decir dos (02) veces considerando el caso señalado y el presente PAS.

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

En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, en el presente caso TELEFÓNICA únicamente señala que la promoción fue aplicada luego de las 06:50 horas del día 15 de marzo de 2012, debido a un problema logístico; sin embargo no ha precisado la naturaleza de dicho inconveniente, ni ha alcanzado la documentación sustentatoria que hubiese permitido eximirla de responsabilidad.

Cabe considerar que la publicación de la tarifa promocional registrada con código SIRT TPTF201200208 correspondía a un proceso de devolución iniciado por TELEFÓNICA, al aplicar tarifas mayores a la tarifa tope establecida en la Resolución N° 148-2011-CD/OSIPTEL; en tal contexto, correspondía a dicha empresa operadora, maximizar una conducta diligente, con la finalidad de revertir los efectos del incumplimiento detectado, sin embargo, ésta incidió nuevamente en el citado incumplimiento.

De otro lado, en cuanto al comportamiento posterior de TELEFÓNICA, se aprecia que ésta efectuó las devoluciones correspondientes a su clientes, a través de las promociones registradas mediante códigos N° TPTF201200208 (la misma que se mantuvo vigente hasta el 22 de marzo de 2012) y N° TPTF201300202 (mediante la cual se aplicó nuevamente la *Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 023-TJ* durante los días 16 y 17 de abril de 2013).

Adicionalmente, a través de la comunicación TP-AR-GGR-0873-15 de fecha 10 de abril de 2015, TELEFÓNICA ha puesto en conocimiento lo siguiente: (a) El nuevo esquema de trabajo que tienen como objetivo asegurar que sus acciones –como el lanzamiento de tarifas promocionales– tengan una revisión de los principales riesgos por parte de la áreas que serían afectadas y las acciones necesarias para mitigarlas; y (b) La adquisición de una nueva plataforma que cuenta con entorno gráfico que facilita la eficiencia en la programación de cambios tarifarios.



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

Conforme lo señalado en el Informe de Supervisión, se determinó que TELEFÓNICA percibió ingresos superiores al haber aplicado una tarifa mayor a la tarifas promocional publicada en el SIRT por un total de S/. 156,86 nuevos soles.

No obstante, dicha empresa operadora puso a disposición del público las promociones registradas con códigos SIRT N° TPTF201200208 (la misma que se mantuvo vigente hasta el 22 de marzo de 2012) y N° TPTF201300202 (a través de la cual se aplicó nuevamente la *Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú 023-TJ* durante los días 16 y 17 de abril de 2013), a fin de reducir las consecuencias por la incidencia aludida.

Cabe señalar que conforme al Informe de Supervisión N° 748-GFS/2014, emitido por la GFS en el expediente N° 00010-2014-GG-GFS, TELEFÓNICA cumplió con devolver el monto afectado y las compensaciones (interés) por el retraso en la aplicación de la "Promoción adicional para llamadas a destinos móviles desde teléfonos públicos con la Tarjeta Hola Perú" ocurrida el 14 y 15 de marzo de 2012, verificándose en los CDR de las llamadas realizadas el 16 y 17 de abril de 2013 la aplicación de la tarifa promocional por devolución, acumulando un monto devuelto de S/. 6.954,98 incluido I.G.V.

(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 imputada.

(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 tal sentido, la multa a imponerse, por la infracción establecida en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por TELEFÓNICA durante el año 2011, considerando que las acciones de supervisión corresponden al año 2012.



En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF, al principio de razonabilidad, y al haberse configurado la figura de la reincidencia, corresponde sancionar a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una multa de ciento ochenta (180) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de la infracción grave tipificada en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas.

De conformidad con la función fiscalizadora y sancionadora reconocida en el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado con Decreto Supremo N° 008-2001-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con ciento ochenta (180) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, al aplicar una tarifa mayor a la informada o puesta a disposición pública; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- DISPONER que la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. deberá conservar en sus sistemas la información histórica que asegure el cumplimiento y permita la verificación y/o supervisión de las devoluciones, lo cual estará a cargo de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL. Esta obligación se mantendrá, sin perjuicio de la suspensión de efectos que pudiera concederse a dicha empresa operadora, en caso la presente Resolución fuera impugnada.

Artículo 3°.- 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 4°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 5°.- 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 la multa impuesta, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.


JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Gerente General

