

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

ES COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL

RODRIGO VEGA MIRANDAFEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL

Reg. N° 528

Fecha 13 ABR 2015

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 246 -2015-GG/OSIPTEL

Lima, 13 de abril de 2015

EXPEDIENTE N°	:	00006-2013-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° 098-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. (TELEFONICA), por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL (TUO de las Condiciones de Uso), ante el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 17° de la misma norma.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Informe de Supervisión N° 109-GFS/2013 (Informe de Supervisión), de fecha 31 de enero de 2013, contenido en el expediente N° 00028-2013-GG-GFS, la GFS emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, por parte de TELEFÓNICA, recomendando el inicio de un PAS, al haberse verificado que dicha empresa operadora venía comercializando el servicio Movistar Internet, sin haber remitido previamente una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere y, por tanto, sin contar con la debida conformidad del OSIPTEL.
2. Mediante carta C.167-GFS/2013, notificada el 01 de febrero de 2013, la GFS comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento del cuarto párrafo del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
3. Mediante comunicación N° DR-107-C-304/DF-2013, recibida el 12 de marzo de 2013, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
4. Durante el desarrollo del presente PAS, la GFS, como Órgano de Instrucción del presente PAS solicitó a TELEFÓNICA la remisión de diferente información, conforme a lo siguiente:
 - Comunicación C.717-GFS/2013 del 15 de mayo de 2013, en la cual se solicitó los contratos por los servicios Movistar Internet y Movistar Internet Tecnología ADSL, así como información sobre los abonados contratantes de tales servicios con anterioridad al 20 de febrero de 2013 y después de esa fecha.



RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 528 Fecha 13 ABR 2015

A través de la comunicación DR-107-C-0716/DF-13 recibida el 23 de mayo de 2013, TELEFÓNICA atendió lo solicitado en cuanto a los contratos por los servicios Movistar Internet y Movistar Internet Tecnología ADSL, solicitando se le exima de presentar la información sobre los abonados contratantes puesto que que los servicios antes indicados no son productos diferentes, sino un mismo servicio modificado de conformidad con la medida provisional impuesta mediante Resolución N° 001-2013-GFS/OSIPTEL (notificada el 01 de febrero de 2013). Agregó TELEFÓNICA que con la aprobación del contrato Movistar Internet (ADSL) por la Gerencia General el 20 de febrero de 2013, publicó en el Sistema de Consulta de Tarifas (SIRT) las condiciones de este servicio vigentes desde el 22 de febrero de 2013.

Precisó TELEFÓNICA que si bien el servicio Movistar Internet comercializado a partir del 01 de enero de 2013 contaba con dos características que lo diferenciaban del servicio Movistar Internet Tecnología ADSL, precio más bajo y control de (Gigabytes) GB de descarga, esta última nunca se aplicó debido a que a partir de la fecha mencionada estuvo vigente la Promoción Control - Movistar Internet Control que permitía acceder al servicio aun cuando se hubiera excedido de la cantidad de GB de descarga.

- Comunicación C.892-GFS/2013 del 10 de junio de 2013, reiterando el pedido de información no atendido por TELEFÓNICA.

Mediante comunicación DR-107-C-0843/DF-13, recibida el 21 de junio de 2013, TELEFÓNICA alcanzó lo solicitado, reiterando lo señalado en su comunicación DR-107-C-0716/DF-13, en cuanto a que con el contrato Movistar Internet (ADSL) vigente desde el 22 de febrero de 2013 se mantenían las condiciones del contrato Movistar Internet, con lo cual, en la práctica antes y después del 01 de enero de 2013, sus clientes gozaban de las mismas condiciones comerciales.

- Comunicación C1361-GFS/2013 notificada el 3 de setiembre de 2013, en la cual se solicitó en archivo digital los contratos suscritos entre el 01 de enero y el 20 de febrero de 2013, y entre el 22 de febrero y el 07 de mayo de 2013.

A través de las comunicaciones DR-107-C-1312/DF-13 recibida el 10 de octubre de 2013, DR-107-C-1383/DF-13 recibida el 31 de octubre de 2013 y DR-107-C-1526/DF-13 recibida el 09 de diciembre de 2013, TELEFÓNICA alcanzó parte de la información solicitada.

- Comunicación C.932-GFS/2014, del 6 de mayo de 2014, reiterando a TELEFÓNICA envíe los contratos faltantes.
- Comunicación C.1769-GFS/2014, del 26 de agosto de 2014, solicitando a TELEFÓNICA precise lo expuesto en el Informe Oral llevado a cabo el 17 de junio de 2014, en cuanto a la característica no aplicada sobre el control del GB de descargas del contrato Movistar Internet. Dicha solicitud fue absuelta por la empresa operadora mediante comunicación DR-107-C-1158/DF-14 recibida el 02 de setiembre de 2014.

5. A través del Memorando N° 581-GFS/2013 de fecha 14 de agosto de 2013, la GFS solicitó a la Gerencia de Tecnologías de la Información, Comunicaciones y



ES COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL

RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 328 Fecha 1-3-ABR. 2015

Estadística (GTICE), la preparación de una ficha muestral respecto de la información remitida por TELEFÓNICA a través de sus comunicaciones DR-107-C-0716/DF-13 y DR-107-C-0843/DF-13; lo cual fue atendido mediante Memorando N° 208-GTICE/2013 de fecha 20 de agosto de 2013.

6. A solicitud de TELEFÓNICA contenida en sus comunicaciones DR-107-DR-107-C-1526/DF-13 recibida el 09 de diciembre de 2013, DR-107-C-606/DF-14 recibida el 20 de mayo de 2014, DR-107-C-1127/DF-14 recibida el 29 de agosto de 2014, DR-107-C-1225/DF-14 recibida el 12 de setiembre de 2014 y TP-AR-GGR-0038-15 recibida el 08 de enero de 2015, se concedió a dicha empresa operadora el uso de la palabra en las instalaciones del OSIPTEL con fechas 25 de febrero de 2014, 17 de junio de 2014, 17 de setiembre de 2014 y 27 de enero de 2015.
7. Mediante Memorando N° 162-GFS/2015 de fecha 30 de enero de 2015, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 098-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 del regulador 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 artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso dispone lo siguiente:

Artículo 17°.- Cláusulas generales y adicionales de contratación (...)

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, independientemente de la modalidad de contratación utilizada, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, así como cualquier modificación al contenido del mismo, a efectos que dentro del plazo de veinte (20) días hábiles siguientes a la referida remisión, el OSIPTEL otorgue la conformidad a los mismos, o requiera a la empresa operadora la modificación de su contenido en caso dichos modelos de contrato y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere no se ajusten a lo establecido en la normativa vigente o establezcan disposiciones que ocasionen un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados. (...)

En el presente caso, de conformidad con lo expuesto en el Informe de Supervisión, la empresa TELEFÓNICA habría trasgredido lo establecido por el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que habría comercializado el servicio Movistar Internet, sin haber remitido previamente una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere y, por tanto, sin contar con la debida conformidad del OSIPTEL, incumplimiento que se encuentra tipificado como infracción leve en el artículo 2°⁽¹⁾ del Anexo 5 de la misma norma.

¹ Artículo 2°.- Infracciones leves

RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 528 Fecha 13 ABR 2015

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el numeral 8) del artículo 230° de 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 la propia conducta del perjudicado⁽²⁾, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

En relación a los incumplimientos detectados, TELEFÓNICA ha señalado las siguientes consideraciones en sus descargos:

- i) Cumplió con remitir al OSIPTEL el contrato por el servicio Movistar Internet, el cual fue aprobado por el Regulador.
- ii) No se ha acreditado el fundamento legal de la supuesta conducta infractora imputada, puesto que no se habría sustentado en forma debida la supuesta comisión de la conducta consistente en la comercialización del producto Movistar Internet con carácter previo a la aprobación del respectivo contrato de abonado.
- iii) El Informe de Supervisión no se ha acreditado válidamente la comercialización a usuarios el servicio Movistar Internet, sin que haya sido aprobado previamente el contrato de abonado.
- iv) No existe una diferencia sustancial entre el producto denominado Dúo Movistar TV Internet y el producto Movistar Internet (ADSL).

III. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS

3.1 Cumplió con remitir al OSIPTEL el contrato por el servicio Movistar Internet, el cual fue aprobado

Refiere TELEFÓNICA que remitió el contrato por el servicio Movistar Internet, el cual fue aprobado por el OSIPTEL, con lo cual, cumplió con lo dispuesto por el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso.

Precisa TELEFÓNICA que en cumplimiento de la medida provisional impuesta a través de la Resolución de Medida de Carácter Provisional tramitada en el expediente N° 001-2013-GFS/OSIPTEL, mediante carta N° DR-107-C-0129/DF-13 de fecha 05 de febrero de 2013, remitió una primera versión del Contrato Movistar Internet con tecnología ADSL, y con carta DR-107-0161/DF-13 recibida el 11 de febrero de 2013 la segunda versión que recogió todas las observaciones formuladas, aprobándose el contrato por el OSIPTEL a través de la comunicación C. 163-GG.GPSU/2013 del 20 de febrero de 2013.

De esta manera, considera TELEFÓNICA que cumplió de forma inmediata –luego de transcurridos cinco (05) días hábiles desde la notificación del inicio del procedimiento sancionador– con la subsanación de la obligación consistente en obtener la aprobación del contenido del contrato de abonado del producto “Movistar Internet” (ADSL), lo que le

Constituyen infracciones leves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: (...), 17 (...).

² PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.


RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° Fecha ... 13 ABR. 2015

permitiría acreditar la observancia de lo previsto en el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso.

A criterio de TELEFÓNICA, considerando lo anterior, correspondería la aplicación del Principio de Razonabilidad, máxime si se ha cumplido con la finalidad buscada por la norma, la misma que consiste en que la empresa operadora mantenga informado al organismo regulador respecto de los contratos que sustentan los productos que son comercializados, con la debida anticipación al inicio de la actividad. En ese sentido, TELEFÓNICA agrega que habría cumplido con remitir la información solicitada en la Resolución de Medida de Carácter Provisional tramitada en el expediente N° 001-2013-GG-GFS/MP, por lo que no existiría sustento para considerar la imposición de una sanción administrativa como mecanismo equilibrado de respuesta a la conducta de la empresa operadora.

Agrega TELEFÓNICA que de acuerdo a lo previsto en el primer párrafo del artículo 55° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, resulta procedente la condonación total del monto de la eventual sanción administrativa que pueda ser impuesta, cuando la empresa operadora subsane espontáneamente la infracción hasta el quinto día posterior a la fecha de notificación del intento de sanción; lo cual se habría producido en el presente caso, puesto que cumplió con realizar las acciones necesarias para el cumplimiento de lo previsto en el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, aprobándose el Contrato del servicio "Movistar Internet" (ADSL), correspondiendo, por tanto, el archivo del presente PAS.

Respecto a lo indicado por TELEFÓNICA, resulta necesario aludir a los actuados en el expediente de supervisión N° 00028-2013-GG-GFS de fojas 04 a 24 (documentación que sustenta el Informe de Supervisión), en el cual se aprecian las siguientes comunicaciones remitidas por la empresa operadora:

- 
- Carta DR-107-C-1476/DF-12 de fecha 21 de setiembre de 2013, en la cual remite para aprobación el contrato Movistar Internet, el mismo que entraría en vigencia el 01 de diciembre del mismo año.
 - Carta DR-107-C-1789/DF-12 de fecha 21 de noviembre de 2013, en la cual alcanza una nueva versión del contrato Movistar Internet (incorporando nuevos planes y manteniendo los cambios solicitados por el OSIPTEL en anteriores casos), en reemplazo del enviado mediante comunicación N° DR-107-C-1476/DF-12.
 - Carta DR-107-C-1875/DF-12 de fecha 14 de diciembre de 2012, en la cual solicita dejar sin efecto la comunicación DR-107-C-1789/DF-12, señalando que en ese momento se encontraba haciendo modificaciones a sus planes tarifarios.
- 



De acuerdo a lo anterior se tiene que TELEFÓNICA solicitó en un primer momento al OSIPTEL de manera específica la aprobación del contrato Movistar Internet, desistiéndose con posterioridad de dicha solicitud. Pese a ello, conforme determina el Informe de Supervisión en base a las consultas realizadas en el Sistema de Información y Consulta de Tarifas – SIRT, la información de la página Web de dicha empresa operadora, así como las llamadas de prueba y las acciones de supervisión realizadas por la GFS, TELEFÓNICA inició la comercialización del mencionado servicio el 01 de enero de 2013.


RODRIGO VEGA MIRANDA
 FEDATARIO
 Organismo Supervisor de Inversión Privada
 en Telecomunicaciones OSIPTEL
 Reg. N° 528 Fecha ... 13 ABR 2015

Considerando los hechos descritos, y en cumplimiento de lo recomendado en el Informe de Supervisión, mediante Resolución de Medida de Carácter Provisional N° 001-2013-GFS/OSIPTEL de fecha 31 de enero de 2013, y notificada el 01 de febrero de 2013, se impuso a TELEFÓNICA una Medida Provisional a fin que, entre otras obligaciones, dicha empresa operadora suspenda la comercialización del servicio Movistar Internet en tanto no cuente con la conformidad del OSIPTEL.

Sobre el particular, como es posible advertir, en sus descargos –así como en el curso del expediente PAS– TELEFÓNICA no niega haber iniciado la comercialización del servicio en la fecha señalada, sino que alega que, en cumplimiento de la medida provisional mediante carta N° DR-107-C-0129/DF-13 de fecha 05 de febrero de 2013, remitió una primera versión del Contrato Movistar Internet con tecnología ADSL, con carta DR-107-0161/DF-13 recibida el 11 de febrero de 2013 la segunda versión atendiendo las observaciones formuladas, aprobándose finalmente dicho contrato mediante comunicación C. 163-GG.GPSU/2013 del 20 de febrero de 2013.

No obstante lo alegado por TELEFÓNICA, resulta importante precisar que conforme se señala en la Exposición de Motivos del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso³, la obligación de remitir al OSIPTEL la copia del modelo de contrato de abonado y sus anexos con anterioridad a la fecha de comercialización, se estableció a efectos que i) Se otorgue la conformidad previamente a la comercialización de los servicios de telecomunicaciones a los que se refieran o, ii) Se requiera a la empresa operadora la modificación de su contenido en caso dichos modelos de contrato no se ajusten a la normativa vigente, esto es, establezcan disposiciones que ocasionen un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados. Precisamente por ello, es que en ningún caso las empresas operadoras puedan emplear el referido modelo y sus anexos, si el OSIPTEL no otorga su conformidad a los mismos.

De esta manera, cualquier solicitud de aprobación presentada con posterioridad a la comercialización del servicio, no sólo vulnera la obligación prevista por el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, sino que adicionalmente contraviene el objetivo previsto claramente por dicha norma, es decir, que las empresas operadoras no empleen el referido modelo y sus anexos, si el OSIPTEL no otorga su conformidad a los mismos.

Asimismo, considerando que la infracción que se sigue en el presente PAS se refiere al hecho que TELEFÓNICA inició la comercialización del servicio Movistar Internet el 01 de enero de 2013, sin haber remitido previamente una copia del modelo de contrato de abonado, no podría considerarse la existencia de una subsanación con la sola presentación de la comunicación DR-107-C-0129/DF-13 de fecha 05 de febrero de 2013, a través de la cual se solicita la aprobación del servicio Movistar Internet con tecnología ADSL, más aún cuando en atención a las observaciones formuladas la versión definitiva de dicho contrato se ingresó recién el 11 de febrero de 2013 a través de la comunicación DR-107-C-0161/DF-13, aprobándose finalmente el contrato el 20 de febrero de 2013 con la comunicación C.163-GG.GPSU/2013⁴.

Cabe referir que conforme lo establece el artículo 55° del RGIS:

³ Norma modificada a través de la Resolución N° 059-2012-CD/OSIPTEL

⁴ Las comunicaciones indicadas obran en el CD presentado en el presente PAS como anexo de la comunicación DR-107-C-0761/DF-13 obrante a fojas 45 del expediente.

RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 528 Fecha 13-ABR-2015

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 literal a) del artículo anterior. Alternativamente OSIPTEL podrá emitir una amonestación escrita.

Cuando la subsanación se produzca antes de que transcurran diez (10) días computados desde la recepción de la decisión de OSIPTEL que comunica su propósito de imponer una sanción, el órgano competente no podrá imponer una multa superior a:

- a. treinta (30) UIT, tratándose de infracciones leves;
 - b. cien (100) UIT, tratándose de infracciones graves; y,
 - c. doscientos cincuenta (250) UIT, tratándose de infracciones muy graves.
- (Sin subrayado en el original)

En el presente caso, de acuerdo a lo indicado, la versión del contrato que finalmente se comercializaría por el servicio Movistar Internet con tecnología ADSL fue presentado por TELEFÓNICA el 11 de febrero de 2013 a través de la comunicación DR-107-C-0161/DF-13, aprobándose éste el 20 de febrero de 2013, con lo cual, no resultaría aplicable la condonación solicitada por la empresa operadora en aplicación del artículo 55° del RGIS, pues la supuesta subsanación excede los cinco días posteriores a la fecha de notificación de la comunicación de cargos el día 31 de enero de 2013.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Instancia tampoco podría considerar como subsanación la presentación y/o aprobación por el OSIPTEL de las condiciones aplicables al contrato Movistar Internet con tecnología ADSL, puesto que las condiciones del contrato Movistar Internet que comercializó TELEFÓNICA desde el 01 de enero de 2013, difieren de las condiciones aplicables al servicio Movistar Internet con tecnología ADSL, tal y como se puede apreciar a continuación:

Contrato de Movistar Internet publicado con el código SIRT TEINT 201200094	Contrato de Movistar Internet con tecnología ADSL aprobado con carta N° C.163-GG.GPSU/2013
En el literal e del numeral 3 de las Condiciones Generales del contrato, se establece un límite de GB de descarga.	No contiene una cláusula referida al límite de GB de descarga.
En las Condiciones Específicas se requiere para la prestación del servicio, contar con una línea telefónica contratada con TdP.	El servicio puede ser prestado con o sin servicio telefónico fijo asociada elección del cliente

Cabe señalar que si bien, tal y como alega TELEFÓNICA en sus comunicaciones DR-107-C-0716/DF-13 recibida el 23 de mayo de 2013 y DR-107-C-0843/DF-13 recibida el 21 de junio de 2013, la cláusula de control de GB de descarga en la práctica no fue aplicada, dicha circunstancia se debió al beneficio otorgado por la Promoción Control - Movistar Internet Control, y no en virtud a una característica propia del contrato, más aun cuando la misma configura una condición principal de la prestación del servicio.

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




RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 528 Fecha 13 ABR 2015

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 Constitucional⁵ 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 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 artículo 17° del TUO de Condiciones de Uso, ha previsto que se cumpla con remitir al OSIPTEL el modelo de contrato de abonado y sus respectivos anexos, con anterioridad a la fecha de comercialización; verificándose que en el presente caso, TELEFÓNICA comercializó el servicio Movistar Internet, sin haber remitido previamente una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere y, por tanto, sin contar con la debida conformidad del OSIPTEL


Sobre la comprensión objetiva y razonable de los hechos corresponde señalar el incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso incide directamente en la facultad supervisora del Regulador, toda vez que, éste no tuvo conocimiento, en el plazo previsto normativamente, de la comercialización del producto Movistar Internet. De igual manera, resulta relevante una aprobación *ex ante* de los contratos, de tal modo que este Organismo pueda revisarlos oportunamente, asegurándose que las empresas operadoras cumplan con adecuar sus respectivos modelos de contrato con lo dispuesto por las disposiciones vigentes.


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.


De conformidad con los fundamentos expuestos, el inicio de un PAS por el incumplimiento del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, 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 remitir al OSIPTEL una copia del contrato de abonado con anterioridad a la fecha de comercialización del servicio; no habiéndose vulnerado, por tanto, los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.

⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los expedientes N° 2192-2004-AA-TC y N° 3567-2005-AA-TC

RODRIGO VEGA MIRANDA

FEDATARIO

Organismo Supervisor de Inversión Privada

en Telecomunicaciones OSIPTEL

Reg. N° 538 Fecha 13 ABR 2015

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

3.2 Sobre la falta de fundamento legal de la supuesta conducta infractora imputada a TELEFÓNICA

TELEFÓNICA manifiesta en sus descargos que este Organismo Regulador no habría sustentado en forma debida la supuesta comisión de la conducta consistente en la comercialización del producto Movistar Internet con carácter previo a la aprobación del respectivo contrato de abonado.

Señala la empresa operadora que en ningún extremo del Informe de Supervisión, se ha desarrollado el contenido y los alcances de la actividad consistente en la "comercialización", con base a parámetros objetivos recogidos en el ordenamiento aplicable sino que el OSIPTEL únicamente habría utilizado la definición prevista por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como fuente de Derecho Administrativo para sustentar la infracción, sin que dicho documento constituya una fuente principal o auxiliar que permita determinar la infracción, en orden a lo establecido por el artículo V del Título Preliminar de la LPAG.

Considerando lo anterior, TELEFÓNICA sostiene que las actuaciones y decisiones de la Administración Pública, en general, deben sujetarse al Principio de Legalidad, recogido en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el mismo que comporta la obligación de las entidades que la integran de sujetarse a lo expresamente previsto por el ordenamiento. Por tanto, el haber recurrido a un instrumento de consulta como el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como fuente de Derecho del Procedimiento Administrativo, con la finalidad de interpretar el contenido y alcances de lo dispuesto en el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, tiene como consecuencia que los fundamentos expuestos en el Informe de Supervisión carezcan de sustento en el ordenamiento vigente, y por tanto sean contrarios al Principio de Legalidad.

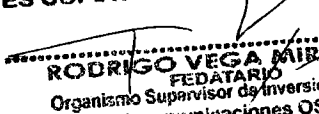
Asimismo, TELEFÓNICA señala que el organismo regulador ha realizado una indebida integración del contenido del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso con la definición de "comercializar" contemplada en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, con lo cual, se advierte que la decisión de inicio del PAS ha vulnerado el Principio de Tipicidad recogido en el artículo 230°, numeral 2 de la LPAG.

Finalmente, agrega TELEFÓNICA que en ningún extremo del Informe de Supervisión se define con base al ordenamiento vigente en qué consiste la actividad de comercialización del servicio, pese a que ello resulta relevante para determinar la conducta que califica como infracción administrativa; de esta manera, el Organismo Regulador no contaría con fuentes del ordenamiento para determinar los alcances de la supuesta conducta imputada, así como tampoco puede acreditar la presunta comisión de la misma.

Respecto a lo señalado por TELEFÓNICA, cabe precisar que el Principio de Legalidad, conforme a lo establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, dispone que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidos.



ES COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL


RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 528 Fecha 13 ABR 2015

Cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC recoge la posición de la doctrina administrativista, la misma que incorpora la Tipicidad dentro de las manifestaciones del Principio de Legalidad:

5. (...) *El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. (...)*

(Sin subrayado en el original)

En ese sentido, a efectos de explicar que en el presente caso la autoridad administrativa observó correctamente el Principio de Legalidad alegado por la empresa operadora en sus descargos, es preciso verificar los alcances del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, norma a la cual ya se ha hecho referencia con anterioridad, así como lo señalado por la Exposición de Motivos de la misma, en cuanto precisa que “se ha considerado pertinente establecer en todos los casos una revisión ex ante, de tal modo que al comercializar un determinado servicio, las empresas cumplan con adecuar sus respectivos modelos de contrato con lo dispuesto en la normativa vigente, no estableciendo cláusulas que establezcan disposiciones que ocasionen un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados, lo cual será evaluado por el propio regulador.”



De acuerdo a lo señalado, se advierte claramente la obligación recogida en la normativa vigente, por la cual la empresa operadora debe remitir al OSIPTEL los contratos de sus productos, a fin de que se le otorgue la conformidad de los mismos, siempre y cuando la remisión sea de manera previa a su comercialización. De esta manera, no resultan exactas las afirmaciones de TELEFÓNICA, puesto que sí es posible determinar los alcances de la conducta infractora, acreditándose en el presente caso la comisión de la misma.

Por tanto, el Informe de Supervisión no pretende utilizar la definición de la palabra “comercialización” prevista en el Diccionario de la Real Academia Española como fuente de Derecho Administrativo, toda vez que dicho texto únicamente hace referencia al significado de la palabra sin que se sustente con dicha definición la infracción cometida por TELEFÓNICA, la cual se encuentra claramente tipificada en la norma, conforme se ha demostrado.

En ese sentido, como se puede apreciar en el párrafo precedente, OSIPTEL ha actuado de acuerdo al Principio de Tipicidad, es así que la redacción del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso permite comprender sin ninguna dificultad lo que se establece en la misma, es decir, está redactado para que cualquier ciudadano pueda comprender que frente al incumplimiento será considerado como una infracción pasible de sanción, de acuerdo a lo establecido en la norma.

En atención a lo expuesto, quedan desestimados los argumentos de TELEFÓNICA, en este extremo.



RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones
Reg. N° 538 Fecha 13 ABR. 2015

3.3 Sobre la comercialización del servicio Movistar Internet

TELEFÓNICA afirma que el Informe de Supervisión no acredita válidamente la comercialización a usuarios el servicio Movistar Internet sin la aprobación del contrato de abonado. En efecto, refiere TELEFÓNICA que las llamadas de prueba realizadas el 29 de enero de 2013 así como del Informe de Supervisión, no se advierte que el OSIPTEL haya precisado en qué página Web o sección de la misma se ha verificado la publicidad del servicio "Movistar Internet", vulnerándose los Principios de Verdad Material e Impulso de Oficio recogidos en la LPAG.

TELEFÓNICA señala que el OSIPTEL inició el PAS sobre la base de extractos de conversaciones que no cumplen con los requisitos exigidos para las acciones de supervisión en las que el regulador debe adoptar el comportamiento de un usuario, dado que no le fueron comunicadas en su oportunidad, vulnerándose así el Debido Procedimiento, correspondiendo desestimar la imputación en aplicación del Principio de Presunción de Licitud.

Adicionalmente, a criterio de la empresa operadora existe una deficiencia en la motivación de la decisión del inicio del presente PAS, al no cumplirse con verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para tal decisión, empleándose fundamentos no sustentados en el Ordenamiento (aplicación de definiciones contenidas en el Diccionario de la RAE), así como a la falta de acreditación de los hechos que sustenta el Informe de Supervisión.

Respecto a lo señalado por la empresa operadora, en virtud del Principio de Verdad Material, corresponde a la Administración verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá analizar detenidamente cada uno de los medios probatorios que las empresas operadoras tengan a bien presentar a fin de acreditar cada uno de los hechos que generaron el presunto incumplimiento

De la misma manera, cabe precisar que el Principio de Impulso de Oficio establecido en la LPAG, refiere que las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias, con lo cual, en cumplimiento de dicho deber de oficialidad, le corresponde al regulador la acreditación del presunto incumplimiento a la obligación establecida en el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, quedando dentro de la esfera de acción de los administrados el derecho de probar la existencia de eximentes de responsabilidad, de ser el caso; ello, puesto que, en dichos casos se trata de actuaciones materiales que únicamente el administrado se encontraría en capacidad de realizar, como es el caso de la acreditación de la diligencia debida, de los elementos cognoscitivos o volitivos que determinen la falta de voluntariedad del infractor o de los hechos impeditivos o extintivos que lo exoneren de responsabilidad⁶.

⁶ Sobre la prueba del error doctrinariamente se ha reconocido que corresponde al presunto infractor desvirtuar la alegación de culpabilidad argüida por la Administración, demostrando que su actuación se ha debido a un error de carácter invencible. Ello ha sido confirmado por diferentes autores:

- "(...) corresponde a la Administración la prueba de los hechos constitutivos de la acusación para desvirtuar la presunción de inocencia, y corresponde al presunto infractor la prueba de los hechos impeditivos o extintivos que alega y que introduce en el procedimiento administrativo (...)" (Subrayado agregado) (GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Los principios de la potestad sancionadora. 1era Edición. Iustel. Madrid, 2008. P.196).

RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones
Reg. N° Fecha 13 ABR. 2015

En el presente caso, contrariamente a lo que sostiene la empresa operadora, el inicio del presente PAS se sustentó en la valoración de medios probatorios actuados en la etapa de supervisión. Así se tiene que, en el Informe de Supervisión se evaluaron dos (02) levantamientos de información de las consultas correspondientes al Sistema de Información y Consulta de Tarifas – SIRT⁷, un (01) levantamiento de información de consulta realizada a la página Web de Telefónica⁸, dos (02) llamadas de prueba al Servicio de Asistencia de TELEFÓNICA⁹ y tres (03) acciones de supervisión en las instalaciones a tres (03) diferentes Centros de Atención de TELEFÓNICA¹⁰.

En el caso específico de la llamada de prueba efectuada a las 17:13 horas del día 29 de enero de 2013, el supervisor del OSIPTEL refirió lo siguiente:

“Funcionario de OSIPTEL: *Como te digo, como te digo, ese sobre el Movistar internet básico de 500, ese es el más económico creo que, lo estoy viendo en tu página, es ese el que me llama la atención.*”

(...)

“Funcionario de Telefónica del Perú S.A.A.: *Claro, lo que sucede es que por este medio por la línea telefónica 104, ya no se comercializa este internet de 500, ahora usted si puede realizarlo por otro medio, por ejemplo, puede adquirirlo por medio de la web de Movistar, usted si puede adquirir la promoción que está visualizando o puede también ir a in Multicentro (...)*”

Al respecto, es importante indicar que lo mencionado por el Supervisor en relación a lo verificado en la página Web de la empresa operadora, se refleja en el acta de levantamiento de información realizada el mismo 29 de enero de 2013. Así, en dicho documento se consignó la ruta y/o sección en donde se visualizó la información del contrato del servicio Movistar Internet y se incorporó, además, la impresión de la pantalla correspondiente.

(...)

“Para tal efecto se procedió a realizar la consulta en la página web de TELEFÓNICA <http://www.movistar.com.pe/>, a través de la opción “Información de abonados y usuarios”, seguidamente se ingresa a la opción “Contratos de Servicios” y, finalmente, ingresando a la opción “Internet”, el mismo que deriva al siguiente enlace:

<http://www.movistar.com.pe/normas-y-condiciones-de-los-servicios/contratos-de-servicios/internet>

Posteriormente, se ingresó a las siguientes opciones:

- A) Proveedor: Telefónica del Perú S.A.A.
- A3) Contratos
- Condiciones Generales Movistar Internet”

- “Reconoce el precepto a la Administración Pública una facultad, que es deber al propio tiempo, para la práctica de oficio de cuantas pruebas conduzcan a la determinación de los hechos y la fijación de la participación en ellos a los imputados; principio no reñido lógicamente con el derecho de los inculpados a aportar o solicitar la práctica de todas aquellas pruebas que estimen oportunas a su defensa y que el órgano competente deberá admitir salvo que las considere improcedentes (...)” (Subrayado agregado). (BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. La prueba en el procedimiento administrativo. Editorial Arazandi S.A. Navarra, 2001. P. 213.

⁷ Fojas 25 a 44 del expediente de supervisión N° 00028-2013-GG-GFS

⁸ Fojas 45 a 54 del expediente de supervisión N° 00028-2013-GG-GFS

⁹ Fojas 55 a 65 del expediente de supervisión N° 00028-2013-GG-GFS

¹⁰ Fojas 65 a 74 del expediente de supervisión N° 00028-2013-GG-GFS

RODRIGO VEGA MIRANDA

FEDATARIO

Organismo Supervisor de Inversión Privada

en Telecomunicaciones OSIPTEL

Reg. N° 328 Fecha 18 ABR. 2015

Como se puede advertir, de la transcripción de la llamada realizada al número 104 de TELEFÓNICA, se desprende que ha sido posible verificar que la empresa operadora comercializaba el producto Movistar Internet, tal y como lo afirma el representante de la misma, quien incluso hace mención a las opciones a través de las cuales puede contratar el servicio, sugiriéndole solicitar dicho producto a través de la página Web de TELEFÓNICA, o presencialmente en los Multicentros.

Cabe señalar que no resulta ajeno a TELEFÓNICA la afirmación de la comercialización del servicio Movistar Internet a partir del 01 de enero de 2013, puesto que en la comunicación DR-107-C-0716/DF-13 recibida el 23 de mayo de 2013¹¹, la propia empresa operadora afirmó lo siguiente:

"Es importante indicar que, el servicio "Movistar Internet", comercializado a partir del 1 de enero de 2013, contaba con dos características (...)" (Sin subrayado en el original)

Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que en la etapa de instrucción también se solicitó información en relación a la comercialización del servicio Movistar Internet, es así que a través de la comunicación C.717-GFS/2013 del 15 de mayo de 2013, se solicitó a TELEFÓNICA información sobre los abonados contratantes del servicio Movistar Internet y del servicio Movistar Internet Tecnología ADSL con anterioridad al 20 de febrero de 2013, y después de esa fecha.

Cabe señalar que sobre la base de la información proporcionada por TELEFÓNICA en sus comunicaciones DR-107-C-0716/DF-13 presentada el 23 de mayo de 2013 y DR-107-C-0843/DF-13 presentada el 21 de junio de 2013, se elaboró una ficha muestral¹² de acuerdo a lo siguiente:

Contrato por fecha	Nh	Ph	Tamaño Muestra
Enero – 20 de febrero 2013	165339	0.43	257
21 febrero – 07 mayo 2013	220656	0.57	343
Total	385995		600

Asimismo, mediante diversas cartas (C.892-GFS/2013, C.1470-GFS/2013, C.1618-GFS/2013 y N° C.932-GFS/2014) se requirió a TELEFÓNICA una muestra representativa de los contratos suscritos por TELEFÓNICA con sus abonados entre enero y mayo de 2013; información que fue proporcionada por la empresa operadora a través de sus comunicaciones DR-107-C-1312/DF-13, recibida el 10 de octubre de 2013¹³, DR-107-C-1383/DF-13 recibida el 31 de octubre de 2013¹⁴, y DR-107-C-1526/DF-13, recibida el 09 de diciembre de 2013¹⁵.

A modo de ejemplo, se consigna a continuación una lista de diez (10) abonados con los cuales se contrató de manera efectiva el servicio de Movistar Internet, sin que a dicha fecha la empresa operadora contara con la aprobación del OSIPTEL.

¹¹ Obrante a fojas 45 del expediente PAS

¹² Dicha información se encuentra contenida en el Memorando N° 208-GTICE/2013 de fecha 20 de agosto de 2013, obrante de fojas 54 a 64 del expediente PAS

¹³ Obrante a fojas 75 del expediente PAS

¹⁴ Obrante a fojas 81 del expediente PAS

¹⁵ Obrante a fojas 83 del expediente PAS

RODRIGO VEGA MIRANDA
 FEDATARIO
 Organismo Supervisor de Inversión Privada
 en Telecomunicaciones OSIPTEL
 Reg. N° 528 Fecha 15 ABR. 2015

Código del archivo digital	Plan contratado	Fecha de contratación mencionada en el audio y/o documento	Nombre del abonado	Servicio Movistar Internet
175086046	Trio semiplano 250 estándar 1 Mbps	21/01/2013	15359513 Monica Vivanco Campos	Movistar Internet básico 1000
178622250	Dúo Semiplano básico	23/04/2013	20078500 Fernandina Martínez Montalvo	Movistar Internet básico 1000
ID_200154295350130410-178077039	Dúo Semiplano básico	09/04/2013	15391589 Miguel Robinson Aquino Rosas	Movistar Internet básico 1000
178745625	Dúo Plano Local 4 Mbps	26/04/2013	40503229 Roxana Maryori rojas Chávez	Movistar Internet 4000
174520732	Dúo Semiplano básico	09/01/2013	46574003 Castañeda Yafac Marita Roxana	Movistar Internet básico 1000
ID_200162255550130413	Dúo Plano Local 4 Mbps	13/04/2013	35190551 Yoel Wildo Morales Condori	Movistar Internet 4000
175123139	Trio Plano Local 4 Mbps Estándar	24/01/2013	17845165 Maria Aurora Ruiz Pérez	Movistar Internet 4000
175070762	Dúo Semiplano Básico	16/01/2013	17611487 Sonia Barrera Bances	Movistar Internet básico 1000
176836161	Dúo Plano Local 4 Mbps	10/03/2013	09384393 Maria Angélica Castillo Valverde	Movistar Internet 4000
1789590337	Dúo Plano Local 4 Mbps	22/04/2013	21245767 Eliana Elías Ampuero	Movistar Internet 4000

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, este Organismo ha actuado conforme al Principio de Impulso de Oficio y de Verdad Material, al haberse ordenado la realización de los actos que resultan convenientes para el esclarecimiento de los hechos, es decir, la comercialización del servicio Movistar Internet sin la autorización del OSIPTEL.

Ahora bien, en cuanto al desconocimiento de las acciones de supervisión aludidas en el Informe de Supervisión, de acuerdo a lo previsto por el artículo 7° del Reglamento de Acciones de Supervisión¹⁶ (Reglamento de Supervisión), estas se realizarán en los ámbitos económicos, legal y técnico y en cualquier otro que el OSIPTEL estime conveniente y podrán ser efectuadas con o sin desplazamiento de los funcionarios competentes de OSIPTEL a las instalaciones de la empresa supervisada, según se estime necesario.

Asimismo, conforme lo dispone el artículo 24° del mencionado Reglamento, los funcionarios competentes de OSIPTEL o los especialistas instruidos, de ser el caso por la naturaleza de la acción supervisora dispuesta, pueden comportarse como usuarios del o los servicios públicos a que se refiera la misma, a fin de facilitar el cumplimiento del objeto de la acción supervisora.

En atención a lo anterior, se desprende que la actuación en la que los funcionarios o los especialistas instruidos hacen las veces de "usuarios de servicios públicos" no únicamente de manera presencial sino también a través de llamadas de prueba realizadas desde las instalaciones del OSIPTEL, constituye una modalidad de las

¹⁶ Aprobado por la Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL


RODRIGO VEGA MIRANDA
 FEDATARIO
 Organismo Supervisor de Inversión Privada
 en Telecomunicaciones OSIPTEL
 Reg. N° 528 Fecha 13 ABR. 2015

acciones de supervisión que no restringe el ejercicio de la función supervisora. En ese orden de ideas no existe contradicción entre la modalidad de supervisión a través de llamadas de prueba encubiertas y las facultades con las que cuenta el OSIPTEL para supervisar los servicios.

Ahora bien, en cuanto a que las acciones de supervisión no fueron comunicadas en su momento por parte de este Organismo Regulador; en primer lugar, cabe recalcar que dicha modalidad no vulnera ningún principio del procedimiento administrativo sancionador y; en segundo lugar, resulta importante precisar que la actuación reclamada por la empresa operadora hubiera relajado innecesariamente la verificación de las obligaciones de las empresas convirtiendo en ineficiente la facultad supervisora de la administración.

Finalmente, es preciso hacer referencia al Principio de Debido Procedimiento establecido en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, en virtud del cual, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del Debido Procedimiento Administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

En el presente caso, como es posible advertir, se ha garantizado el derecho de defensa de TELEFÓNICA dándole la oportunidad de remitir no sólo sus descargos por escrito, sino también diversa información que permita tener mayores detalles respecto de los hechos imputados.

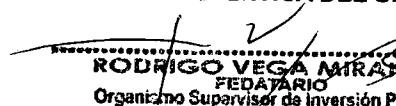
En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en este extremo.

3.4 Sobre las diferencias entre los productos Dúo Movistar TV Internet y Movistar Internet ADSL

TELEFÓNICA señala que las condiciones ofrecidas en el contrato correspondiente al producto Dúo Movistar TV Internet aprobado por OSIPTEL mediante la Comunicación C. 1021-GG-GPSU/2012 del 27 de diciembre de 2012, son sustancialmente similares a las del contrato Movistar Internet (ADSL), respecto del cual se ha iniciado el presente procedimiento sancionador. En ese sentido, la mencionada empresa operadora indica que las únicas diferencias se podrían resumir según lo siguiente:

Dúo Movistar TV Internet	Movistar Internet (ADSL)	Motivación de TELEFÓNICA
Incluye el servicio "Movistar TV"	-	Prestaciones sustancialmente similares
-	Contempla el empleo de tecnología ADSL	Resulta aplicable el Principio de Neutralidad Tecnológica, por el cual la elección de la tecnología a aplicar queda en libertad de la empresa, razón por la cual, la misma no está sujeta a una previa aprobación por parte del OSIPTEL

TELEFÓNICA reitera que no puede considerarse que la variación en la tecnología determine la existencia de un producto sujeto a la previa comunicación del contrato respectivo, por lo cual, se desistió de la aprobación del contrato Movistar Internet, al diferir del contrato Dúo Movistar TV Internet sólo en aspectos no sustanciales de las Condiciones Comerciales.


RODRIGO VEGA MIRANDA
 FEDATARIO
 Organismo Supervisor de Inversión Privada
 en Telecomunicaciones OSIPTEL
 Reg. N° 288 Fecha 13 ABR. 2015

Adicionalmente, TELEFÓNICA considera que en el presente caso al no existir una diferencia sustancial respecto de otros productos anteriormente aprobados se ha verificado el cumplimiento del objetivo previsto por el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso; de esta manera, el inicio del presente PAS no resultaría una medida adecuada ni proporcional, correspondiendo la declaración del archivo.

En relación a lo manifestado por TELEFÓNICA, se debe indicar que los contratos de abonado de los productos Dúo Movistar TV Internet y Movistar Internet (ADSL) no son sustancialmente similares sino que corresponden a servicios diferentes, con distintas prestaciones, características y cláusulas generales (Tarifas, Condiciones del Servicio, Obligaciones del Cliente y Política de Uso Aceptable de los Servicios de Internet); asimismo, en el caso del servicio Dúo Movistar TV Internet éste corresponde a un servicio empaquetado, el cual comprende la prestación de los servicios públicos de televisión por cable y de Internet.

A mayor sustento de lo anterior, cabe mencionar que de haber considerado TELEFÓNICA que los contratos Dúo Movistar TV Internet y Movistar Internet correspondían a servicios sustancialmente similares no habría solicitado la aprobación del servicio Movistar Internet el 21 de setiembre de 2012; la cual, si bien dejó sin efecto el 14 de diciembre de 2012, sin embargo, a esta última fecha aún no había sido aprobado el contrato por el servicio Dúo Movistar TV Internet, considerando que la tal aprobación se produjo recién el OSIPTEL el 27 de diciembre de 2012.

Asimismo, tampoco habría solicitado con posterioridad la aprobación del servicio Movistar Internet (ADSL) el 05 de febrero de 2013, apreciándose inclusive que en su comunicación DR-107-C-0129/DF-13¹⁷ de dicha fecha TELEFÓNICA precisa que en fecha 01 de febrero de 2013 fue notificada con la resolución del Tribunal de Solución de Controversias que le ordena la prestación del servicio de Internet sin servicio telefónico asociado, con lo cual, debía comercializar el servicio de manera independiente, con sus propias características, previa aprobación del OSIPTEL.

De igual modo, en cuanto al Principio de Neutralidad Tecnológica¹⁸, cabe precisar que en el presente caso no se sanciona la variación tecnológica de uno a otro servicio, sino el

¹⁷ Obrante a fojas 41 del expediente PAS.

¹⁸ Dicho Principio se encuentra regulado en los Lineamientos de Políticas de Apertura aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC, y obliga al Estado Peruano considerarlo en los procesos de concesión tal como se ha establecido en el Numeral 25 de dicha norma:

25. (...)

b) *Durante el proceso (del otorgamiento de la concesión) no deben evaluarse aspectos que son propios de la gestión empresarial, tales como tecnologías específicas que el solicitante utilizara en la provisión de los servicios y estudios sobre la factibilidad técnico-económica (...)*

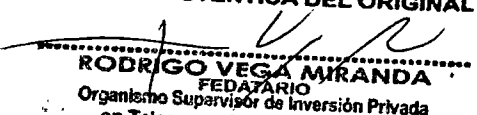
De la misma manera, en el artículo 9° del TUO de las Normas de Interconexión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 134-2012-CD/OSIPTEL, se señala lo siguiente:

Artículo 9°.- Principio de neutralidad tecnológica en la interconexión.

Por el principio de neutralidad tecnológica en la interconexión el concesionario de un servicio público de telecomunicaciones tiene derecho a elegir la tecnología y arquitectura más apropiada para la implementación de su red y la prestación de los servicios a ser interconectados.

Asimismo, el Reglamento de los Servicios Móviles aprobado por Resolución N° 418-2012-MTC-15.03 estableció en su artículo 8°, las condiciones técnicas para la operación de los servicios móviles, habiéndose precisado que el Estado se rige por el Principio de Neutralidad Tecnológica:

ES COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL


RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 528 Fecha 13 ABR. 2015

hecho de haberse comercializado el servicio Movistar Internet sin que se hubiera remitido al OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere y, por tanto, sin contar con su debida conformidad. De esta manera, TELEFÓNICA no podría sustentar su incumplimiento en lo dispuesto por dicho Principio.

Finalmente, en lo correspondiente a la no afectación de los abonados y/o usuarios debido a que no se aplicó el límite de descarga de GB para el servicio Movistar Internet, es preciso acotar que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 230° de la LPAG y lo establecido en el artículo 30° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), la afectación así como las circunstancias en las que se cometió la infracción no constituyen criterios a ser tomados en cuenta a fin de verificar la configuración de la infracción, sino que son criterios a ser valorados a efectos de graduar la sanción una vez que se ha determinado la comisión de una infracción, razón por la cual dicha afirmación será analizada en la graduación de la sanción.

En atención a las consideraciones señaladas, quedan desestimados los argumentos presentados por TELEFÓNICA.

IV. Determinación de la sanción

 A fin de determinar la graduación de las multas a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30° de la 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 cometido⁽¹⁹⁾.

 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:

Artículo 8.- Los servicios públicos móviles harán uso de las bandas de frecuencias atribuidas para tal fin en el PNAF. El estado regula servicios, no tecnologías, siendo el propio operadora quien decide que tecnología satisface mejor sus necesidades.

¹⁹ 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.

RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 528 Fecha 24 ABR. 2015

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

De acuerdo a lo dispuesto en nuestro Ordenamiento Jurídico el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso ha establecido la obligación a las empresas operadoras de remitir al OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, independientemente de la modalidad de contratación utilizada, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, así como cualquier modificación al contenido del mismo. Cabe señalar que a su vez, el artículo 2° del anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso califica como infracción leve el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17° de dicha norma.

Al respecto, en el presente caso, se ha verificado que TELEFÓNICA incurrió en la referida infracción, al haber comercializado el servicio "Movistar Internet", sin haber remitido previamente una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere y, por tanto, sin contar con la debida conformidad del OSIPTEL.

Conforme se ha referido con anterioridad, resulta necesario recalcar que tal obligación tiene como finalidad que se pueda requerir a la empresa operadora la modificación del modelo del contrato cuando su contenido no se ajuste a la normativa vigente, esto es, establezcan disposiciones que ocasionen un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados.

De esta manera, el incumplimiento que se le atribuye a TELEFÓNICA en el presente caso incide directamente en los usuarios, al no permitir, previamente a la comercialización respectiva, el despliegue oportuno de la facultad supervisora del OSIPTEL en la observación de aquellos aspectos del contrato que podrían afectarles negativamente.

En consecuencia, de conformidad con las sanciones administrativas establecidas en la LDFF, corresponde la aplicación de una multa de entre media (0.5) y cincuenta (50) UIT o una amonestación escrita.

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

En el presente caso no es posible determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico.

Sin perjuicio de lo anterior, debe mencionarse que según lo informado por TELEFÓNICA en su comunicación DR-107-C-08437DF-13 de fecha 10 de junio de 2013²⁰, durante el 01 de enero y el 20 de febrero de 2013, se celebraron un total de 165339 contratos; y durante el periodo del 21 de febrero al 07 de mayo de 2013 se celebraron 220656 contratos.

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

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia.

²⁰ Obrante de fojas 49 a 51 del expediente PAS.


RODRIGO VEGA MIRANDA
FEDATARIO
Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL
Reg. N° 528 Fecha ... 1-2-ABR.-2015

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

En el presente caso se advierte que la conducta realizada por la empresa operadora se mantuvo a lo largo de los meses de enero a mayo de 2013, periodo en el cual comercializó el servicio Movistar Internet sin contar con la aprobación respectiva por parte del OSIPTEL.

De otro lado, corresponde considerar lo manifestado por TELEFÓNICA respecto a la no afectación de los abonados y/o usuarios durante la comercialización del servicio Movistar Internet, puesto que no aplicó la cláusula del límite de descarga GB.

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

Sobre el particular, no existen elementos objetivos que permitan determinar el beneficio obtenido por TELEFÓNICA como consecuencia de la comisión de la infracción.

- (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 tal sentido, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por TELEFÓNICA en el año 2012 (considerando que las supervisiones se dieron en el año 2013).

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF, al Principio de Razonabilidad, y a lo señalado en la presente resolución, corresponde sancionar a la empresa TELEFÓNICA, por la infracción tipificada como leve por el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, con una multa de quince (15) UIT por el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 17° de la misma norma.

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 QUINCE (15) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 17° de la misma norma, al haber comercializado el servicio "Movistar Internet", sin haber remitido previamente una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere y, por tanto, sin contar con la debida conformidad del OSIPTEL; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.





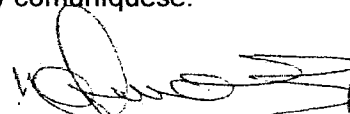
Artículo 2°.- La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días computados a partir del día siguiente de notificada la sanción, obtendrá el beneficio de pago reducido del treinta y cinco por ciento (35%) de su monto total, siempre que no sea impugnada, de acuerdo a lo dispuesto 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 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



ES COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL


RODRIGO VEGA MIRANDA

FEDATARIO

Organismo Supervisor de Inversión Privada
en Telecomunicaciones OSIPTEL

Reg. N° 528 Fecha 13 ABR 2015