



**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
N° 86-2017-CD/OSIPTEL**

<b>EXPEDIENTE</b>	:	<b>00003-2016-GG-GFS/PAS</b>
<b>MATERIA</b>	:	<b>Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00098-2017-GG/OSIPTEL</b>
<b>ADMINISTRADO</b>	:	<b>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</b>

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL  
N° 00098-2017-GG/OSIPTEL**

<b>EXPEDIENTE</b>	:	<b>00003-2016-GG-GFS/PAS</b>
<b>MATERIA</b>	:	<b>Procedimiento Administrativo Sancionador</b>
<b>ADMINISTRADO</b>	:	<b>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</b>

**NORMAS LEGALES**

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
N° 86-2017-CD/OSIPTTEL**

Lima, 20 de julio de 2017

EXPEDIENTE N°	: 00003-2016-GG-GFS/PAS
MATERIA	: Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00098-2017-GG/OSIPTTEL
ADMINISTRADO	: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

**VISTOS:**

- (i) El Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 00098-2017-GG/OSIPTTEL, mediante la cual se le impuso una (1) multa de ciento cincuenta y uno (151) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas<sup>1</sup>, al haber aplicado tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública mediante el SIRT; asimismo, se le declaró responsable por la infracción tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del mismo Reglamento, al aplicar tarifas mayores a las establecidas por el OSIPTTEL,
- (ii) El Informe N° 181-GAL/2017 del 12 de julio de 2017, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA, y
- (iii) Los Expedientes N° 00003-2017-GG-GFS/PAS, 00096-2015-GG-GFS y 00307-2013-GG-GFS.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

- Mediante Carta C.00010-GFS/2016, de fecha 4 de enero de 2016, notificada el 05 de enero de 2016, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (en adelante, GFS) comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la supuesta comisión de las infracciones tipificadas en el segundo y tercer párrafo, del numeral 2 del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas y, por las infracciones tipificadas en los ítems 2 y 8 del Anexo 1 de dicho Reglamento.
- El 26 de febrero de 2016, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
- A través del Informe N° 00327-GFS/2016 del 5 de mayo de 2016, la GFS analizó los descargos presentados por TELEFÓNICA, concluyendo y recomendando lo siguiente:

**“VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN**

**6.1 CONCLUSIÓN:**

- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. incurrió en la infracción tipificada en el segundo párrafo del numeral ii del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, al haber aplicado tarifas mayores a las tarifas registradas con código SIRT TPTF201300678 y TETF201400152, en el periodo del 28 de octubre de 2013 al 17 de febrero de 2014, afectando a los abonados, por un monto excedente total de S/ 35.606,58 soles.
- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. incurrió en la infracción prevista en el ítem 8 del Régimen de Infracciones y Sanciones de Reglamento General de Tarifas, al haber aplicado tarifas mayores a las tarifas registradas con código SIRT TETF201400152 y TPTF201400177, en el periodo del 18 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015, afectando a los abonados, por un monto excedente total de S/ 54.289,18 soles.

**6.2 RECOMENDACIÓN**

- Se recomienda sancionar a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una multa de cincuenta y un (51) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el segundo párrafo del numeral ii del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, al haber aplicado tarifas mayores a la informada o puesta a disposición pública.*
  - Se recomienda sancionar a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una multa de cincuenta y un (151) UIT, por la comisión de la infracción prevista en el ítem 8 del Régimen de Infracciones y Sanciones de Reglamento General de Tarifas, al haber aplicado una tarifa superior a la tarifa informada a los usuarios.”*
- Mediante la carta C.00006-GG/2017, del 3 de enero de 2017, notificada el 4 de enero de 2017, se remitió a TELEFÓNICA el Informe N° 00327-GFS/2016, a efectos que formule sus descargos en el plazo de cinco (5) días hábiles.

<sup>1</sup> Aprobado mediante Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTTEL.

5. El 10 y 17 de enero de 2017, TELEFÓNICA remitió sus descargos contra el contenido del Informe N° 00327-GFS/2016.
6. A través Resolución N° 00098-2017-GG/OSIPTTEL, del 18 de mayo de 2017, notificada el 19 de mayo de 2017, la Gerencia General resolvió:
  - i. Multar a TELEFÓNICA con ciento cincuenta y uno (151) UIT, por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, por haber aplicado tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública mediante el SIRT con códigos TPTF201300678, TETF201400152 y TPTF201400177.
  - ii. Determinar la responsabilidad de TELEFÓNICA en cuanto a la infracción tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, al aplicar tarifas mayores a la tarifa tope fijada por el OSIPTTEL mediante Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTTEL, a efectos de considerarse para la aplicación de reincidencia y demás responsabilidades.
7. Con fecha 9 de junio de 2017, TELEFÓNICA presentó Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00098-2017-GG/OSIPTTEL.
8. Mediante escrito recibido el 21 de junio de 2017, TELEFÓNICA solicitó exponer sus argumentos ante los miembros del Consejo Directivo del OSIPTTEL, lo cual ocurrió el día 6 de julio de 2017.

## II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL (en adelante, RFIS), y los artículos 216° y 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>3</sup> (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos de TELEFÓNICA son los siguientes:

- 3.1. Señala haber subsanado su conducta infractora antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, por lo que se ha configurado el eximente de responsabilidad, previsto en la LPAG.
- 3.2. Señala que se ha vulnerado el Principio de Predictibilidad al no haberse considerado el régimen de beneficios por subsanación entre los criterios de graduación, no encontrándose la Resolución impugnada debidamente motivada.

## IV. ANÁLISIS

Con relación a los argumentos formulados por TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:

### 4.1 Sobre la supuesta configuración del eximente de responsabilidad.

TELEFÓNICA argumenta que procedió a subsanar la conducta infractora antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, registrando, en el Sistema de Información y Registro de Tarifas (SIRT), la promoción destinada a realizar las devoluciones correspondientes al error involuntario que generó la indebida aplicación de la tarifa. Dichas promociones se iniciaron el 5 de noviembre y 24 de diciembre de 2015, siendo que el PAS se inició el 5 de enero de 2016; por lo que corresponde archivar el presente procedimiento, en aplicación del eximente de responsabilidad contenido en el artículo 255° de la LPAG y 5° del RFIS.

Agrega TELEFÓNICA que la subsanación se refiere de manera directa a una voluntad de corrección, la cual fue puesta en evidencia mediante la publicación y puesta a disposición de la nueva tarifa promocional en el SIRT. Además indica que *“la reversión se comenzó a ejecutar antes del PAS y culminó el 10 de enero de 2017”*.

Al respecto, establece el artículo 255 del TUO de la LPAG lo siguiente:

*“Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones*

*1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:*

*a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.*

*b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.*

*c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.*

*d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.*

*e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.*

*f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.”*

(El subrayado no es original)

<sup>3</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Como se observa, la subsanación voluntaria, ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad. Por ello, a efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente, deberán concurrir las siguientes circunstancias:

- La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó.
- La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma.
- La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador.
- La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

Bastará con que uno de estos requisitos no concorra para que el eximente de responsabilidad no se configure.

#### Cese de la infracción

Con relación al cese de la infracción, se desprende de la documentación que obra en el Expediente de Supervisión N° 00307-2013-GG-GFS, que éste se produjo antes de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta que la última tarifa aplicada indebidamente estuvo vigente hasta el 15 de marzo de 2015<sup>4</sup> y la notificación del inicio del procedimiento sancionador fue el 5 de enero de 2016.

#### Reversión de efectos

En relación a la reversión de efectos, en primer lugar debe tenerse en cuenta que se exige este requisito porque conforme a la Real Academia Española, el término “subsanar” significa *reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño*. En ese sentido, siendo que la subsanación está relacionada con un estado de reparación, enmienda o arreglo, la misma no debe entenderse exclusivamente como el cese o adecuación de la conducta del infractor o con simplemente una *voluntad de corrección*, como señala TELEFÓNICA, sino que debe ir acompañada con la corrección de los efectos derivados de dicha conducta.

Sobre el particular, el Consejo Directivo del OSIPTEL se ha pronunciado en reiteradas oportunidades. Así, mediante la Resolución N° 00005-2017-CD/OSIPTEL emitida el 5 de enero de 2017; Resolución N° 00011-2017-CD/OSIPTEL del 19 de enero de 2017; y, Resoluciones N° 00025-2017-CD/OSIPTEL N° 00026-2017-CD/OSIPTEL del 16 de febrero de 2017, para la aplicación del eximente de responsabilidad recogido en la LPAG, estableció lo siguiente:

*“(j) Para eximir de responsabilidad a la empresa operadora, la subsanación no debe ser entendida únicamente como una adecuación de la conducta a lo establecido en la norma, sino a la corrección de los efectos derivados de la conducta infractora.”*

La reversión que se requiera realizar, dependerá de la naturaleza de la infracción en la que se ha incurrido. En el presente caso, TELEFÓNICA aplicó tarifas mayores a las permitidas, lo que implicó un cobro indebido a los usuarios; en tal sentido, en este tipo de infracciones las empresas deben proceder a devolver lo indebidamente cobrado, sumándole los intereses que correspondan.

Al respecto, tal como se señala en el Informe N° 00316-GFS/2016 del 3 de mayo de 2016, del Expediente de Supervisión N° 00096-2015-GG-GFS, TELEFÓNICA cumplió con efectuar “la devolución producto de la aplicación de tarifa mayor a la tarifa tope y promocional en las llamadas fijo – móvil, empleando tarjeta de pago 147 y Hola Perú – Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL”.

#### Oportunidad de la subsanación

De conformidad con la normativa citada, es necesario que la subsanación se produzca antes de la notificación de imputación de cargos, es decir, la carta que da inicio al procedimiento administrativo sancionador; en el presente caso ello ocurrió el 5 de enero de 2016.

Sin embargo, de conformidad con lo señalado por la GFS “*el monto afectado que corresponde devolver, incluido IGV e intereses (S/ 279.794,15), fue alcanzado en la llamada fijo – móvil, empleando tarjeta de pago 147 y Hola Perú, cursada el 10 de enero de 2016 a las 07:45:5 horas*”

En efecto, para llegar a esta conclusión se evaluó la documentación remitida por la propia empresa, solicitada en diversas oportunidades. Así, se analizaron los registros de llamadas (CDR) remitidos mediante cartas TP-AF-GTR-3564-15 (CDR del 05 de noviembre al 02 de diciembre de 2015) y, TP-AF-GTR-0240-16 (CDR del 24 de diciembre de 2015 al 24 de enero de 2016), específicamente, las llamadas originadas en teléfonos fijos de la red fija de TELEFÓNICA, mediante tarjetas de pago, comparando entre la tarifa previa y la tarifa promocional (devolución); el resultado de dicha comparación se consideró como el monto devuelto.

Cabe precisar, que TELEFÓNICA registró en el SIRT tarifas promocionales (que implicaron la reducción de la tarifa establecida para llamadas originadas en teléfonos fijos de la red fija de TELEFÓNICA mediante tarjetas de pago), a fin de subsanar el incumplimiento imputado; verificándose que con la llamada del 10 de enero de 2016 a las 07:45:05 se completaron las devoluciones:

<sup>4</sup> Código SIRT TETF201400152, tarifa aplicada en los periodos del 18 al 20 de febrero de 2014 y del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015.

ORIGEN	DESTINO	LOCALSTARTTIME	DURACION (SEG)	COSTO LLAMADA
5115686659	5199744XXXX	20160110074505	596	0,52448

Al respecto, reconoce TELEFÓNICA en su recurso de apelación que “la reversión se comenzó a ejecutar antes del PAS y culminó el 10 de enero de 2017<sup>5</sup>”. Ciertamente, las devoluciones no se hicieron en un solo acto sino que se llevaron a cabo a lo largo de casi dos (2) años, desde febrero de 2014 hasta enero de 2016, como se puede observar en los cuadros que a continuación se consignan:

Vigencia de la devolución	Total segundos	Importe aplicando tarifa previa S/ 0,00295	Importe aplicando tarifa promocional S/ 0,00140	Devolución
21 al 23 de febrero de 2014	17.895.720	52.792,374	25.777,75	S/ 27.014,624

Vigencia de la devolución	Total segundos	Importe aplicando tarifa previa S/ 0,00188*	Importe aplicando tarifa promocional S/ 0,00088	Devolución
05 de noviembre al 02 de diciembre de 2015	154.862.884	291.142,22192	136.279,33792	S/ 154.862,884

\* Tarifa Tope vigente a partir del 11 de septiembre de 2015 – Resolución N° 098-2015-CD/OSIPTEL.

Vigencia de la devolución	Total segundos	Importe aplicando tarifa previa S/ 0,00188	Importe aplicando tarifa promocional S/ 0,00088	Devolución
24 de diciembre de 2015 al 10 de enero de 2016	97.916.991	184.083,94308	86.166,95208	S/ 97.916,991

Es preciso señalar que fue la propia empresa operadora la que determinó la metodología mediante la cual realizaría la devolución de lo cobrado indebidamente, el monto de la tarifa promocional aplicada en cada oportunidad, el periodo de vigencia de la misma y las oportunidades en las que introdujo dicha “promoción” (febrero de 2014, noviembre-diciembre de 2015 y diciembre 2015-enero 2016).

En tal sentido, considerando que la cantidad total que TELEFÓNICA debía devolver, se completó el 10 de enero de 2016, es decir, después de iniciado el procedimiento sancionador, no se cumple con uno de los requisitos necesarios para la configuración del eximente de responsabilidad, previsto en el literal f del numeral 1 del artículo 255 del TUO de la LPAG.

#### Requerimiento de subsanación

No habiéndose configurado el requisito de subsanación antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, carece de sentido analizar si en el presente caso medió o no un requerimiento de subsanación o cumplimiento, por parte del OSIPTEL, previo a la subsanación.

#### **4.2 Sobre la supuesta configuración del atenuante de responsabilidad.**

Agrega TELEFÓNICA que aun en el supuesto que se considere que no se ha configurado el eximente de responsabilidad por subsanación, la sanción debería determinarse considerando el régimen de beneficios por subsanación, entre los criterios de graduación. Señala que se ha vulnerado el Principio de Predictibilidad no encontrándose la Resolución impugnada debidamente motivada en relación a la subsanación producida.

<sup>5</sup> Debe entenderse 2016 en lugar que 2017.

Al respecto, es preciso tener en cuenta el texto del RFIS vigente al momento en que ocurrieron los hechos. En el caso concreto, tanto cuando se aplicaron las tarifas mayores a las debidas, como cuando se efectuaron las devoluciones, el texto vigente era el que se aprobó mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL, que a continuación se transcribe:

**“Capítulo II**

**Regímenes de Beneficios**

**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%).

En caso la reversión del efecto derivado requiera un tiempo adicional, la Empresa Operadora deberá alcanzar, dentro del plazo antes indicado, una propuesta para su culminación. El otorgamiento del beneficio estará condicionado a la aprobación que el OSIPTEL otorgue a dicha propuesta.

El incumplimiento de la propuesta para la reversión del efecto derivado constituye infracción leve, independiente de la infracción que la origina, e implica la revocación del respectivo beneficio.

Este beneficio no será aplicable en el supuesto de reincidencia en la comisión de la infracción.

(ii) (...)

(Subrayado y resaltado no son originales)

Posteriormente, el 21 de diciembre de 2016, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1272 que modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ahora TUO de la LPAG, se introdujo el siguiente atenuante de responsabilidad:

**“Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones**

1.- (...)

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

b) Otros que se establezcan por norma especial.”

(Subrayado y resaltado no son originales)

Esta circunstancia atenuante fue recogida, mediante la modificación del RFIS, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, incluyéndose el siguiente texto:

**“Artículo 18.- Graduación de las Sanciones y Beneficio por Pronto Pago**

i) Son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

Los factores mencionados se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(...)”

(El subrayado no es original)

En atención al Principio de Irretroactividad, establecido en el numeral 5 del artículo 246 del TUO de la LPAG, resulta aplicable la disposición contenida en el RFIS, antes de su modificación, al haberse encontrado vigente en el momento en que TELEFÓNICA incurrió en la conducta sancionada, así como cuando se produjo la subsanación y, considerando, además, que las disposiciones que se emitieron posteriormente no le son, en forma objetiva, más favorables. Cabe señalar, que es precisamente esta disposición (la prevista en el RFIS antes de su modificación) en la que TELEFÓNICA basa su solicitud de reducción del 60% de la multa.

En el presente caso, como se ha señalado anteriormente, TELEFÓNICA cesó la comisión de la infracción de aplicación de tarifas mayores a las debidas antes de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta que la última tarifa aplicada indebidamente estuvo vigente hasta el 15 de marzo de 2015 y la notificación del inicio del procedimiento sancionador fue el 5 de enero de 2016.

Además, de acuerdo a lo señalado en el numeral precedente, TELEFÓNICA revirtió todo efecto derivado de la infracción, al cumplir con la totalidad de las devoluciones correspondientes a los montos cobrados indebidamente, el día 10 de enero de 2016, es decir, dentro del quinto día posterior a la fecha de comunicación del inicio del procedimiento sancionador.

De otro lado, si bien TELEFÓNICA señala que se ha vulnerado el Principio de Predictibilidad al no encontrarse la Resolución impugnada debidamente motivada en relación a la subsanación producida; del texto de la citada Resolución se observa que se hace un análisis en relación a las “Circunstancias de la comisión de la infracción, comportamiento posterior del sancionado, atenuantes de responsabilidad”, señalándose expresamente lo siguiente:

*“Asimismo, tal y como se ha indicado –de acuerdo al expediente de verificación de devoluciones N° 00096-2015-GG-GFS y Memorando N° 106-GFS/2017-, en el presente caso TELEFÓNICA efectuó la devolución de la totalidad del monto afectado (S/. 279 794,15) más los intereses respectivos el 10 de enero 2016, con posterioridad al inicio del PAS.”*

Como se observa, la primera instancia tuvo en cuenta, al momento de resolver, la subsanación producida el día 10 de enero de 2016, como parte del análisis conjunto que desarrolló sobre los criterios de graduación de la sanción, siendo los demás criterios: el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la naturaleza y gravedad de la infracción, daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia en la comisión de la infracción; la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor y; la capacidad económica del sancionado.

En este contexto, la primera instancia determinó, luego de considerar todos los criterios antes señalados, la imposición de una multa en el monto mínimo permitido para las infracciones calificadas como muy graves (151 UIT).

En tal sentido, aun cuando esta instancia no comparta la graduación determinada por la primera instancia, no es posible afirmar que la Resolución impugnada adolezca de una indebida motivación, sino que se trata de una apreciación distinta que lleva a este Colegiado a concluir que corresponde reducir en un 60% la multa que impuso la primera instancia, considerando que TELEFÓNICA reconoció la comisión de la infracción, cesó dicha conducta, devolvió la totalidad de lo cobrado indebidamente y adoptó medidas para evitar que la conducta infractora volviera a producirse (a partir del mes de diciembre de 2014, la empresa cuenta con una nueva plataforma denominada SYMSOFT).

#### V. **PUBLICACIÓN DE SANCIONES:**

De conformidad con el artículo 33º de la LDFF, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, al ratificarse que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por la comisión de las infracciones muy graves tipificadas en el numeral 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, por haber aplicado tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública mediante el SIRT con códigos TPTF201300678, TETF201400152 y TPTF201400177 y, en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, al aplicar tarifas mayores a la tarifa tope fijada por el OSIPTEL mediante Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL; corresponderá la publicación de la presente Resolución, así como de la Resolución N° 00098-2017-GG/OSIPTEL.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75º del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 645.

#### **SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Declarar PARCIALMENTE FUNDADO el Recurso de Apelación presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, contra la Resolución N° 00098-2017-GG/OSIPTEL; y en consecuencia:

- MODIFICAR la sanción de multa de ciento cincuenta y uno (151) UIT a sesenta punto cuatro (60.4) UIT, por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, por haber aplicado tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública mediante el SIRT con códigos TPTF201300678, TETF201400152 y TPTF201400177; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.
- CONFIRMAR la determinación de responsabilidad de TELEFÓNICA en cuanto a la infracción tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, al aplicar tarifas mayores a la tarifa tope fijada por el OSIPTEL mediante Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL, a efectos de considerarse para la aplicación de reincidencia y demás responsabilidades.

**Artículo 2°.-** La presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

**Artículo 3°.-** Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para la notificación de la presente Resolución a la empresa apelante; así como su publicación en el Diario oficial “El Peruano” y en la página web institucional del OSIPTEL, conjuntamente con la Resolución de Gerencia General N° 00098-2017-GG/OSIPTEL; asimismo, poner en conocimiento de la presente resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SHWARZ  
Presidente del Consejo Directivo

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL  
N° 00098-2017-GG/OSIPTEL**

Lima, 18 de mayo de 2017

EXPEDIENTE N°	:	<b>00003-2016-GG-GFS/PAS</b>
MATERIA	:	<b>Procedimiento Administrativo Sancionador</b>
ADMINISTRADO	:	<b>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</b>

**VISTO:** el Informe de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL (GSF)<sup>1</sup> N° 00327-GFS/2016 concerniente al procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por la supuesta comisión de las infracciones tipificadas por el segundo y tercer 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<sup>2</sup>; así como, por las infracciones tipificadas en los Items 2 y 8 del Anexo 1 de dicha norma.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

**Expediente N° 00003-2016-GG-GFS/PAS**

- Mediante Informe de Supervisión N° 01362-GFS/2016, de fecha 30 de diciembre de 2015, contenido en el expediente N° 00307-2013-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la GSF emitió el resultado de la verificación de lo dispuesto por el artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, en relación a la aplicación de la tarifa fijo - móvil establecida mediante Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL<sup>3</sup>, concluyendo lo siguiente:

**4. CONCLUSIONES**

- TELEFÓNICA habría incurrido en la infracción tipificada, como grave, en el segundo párrafo del literal (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, al aplicar tarifa mayor a la informada o puesta a disposición pública registrada con código SIRT TPTF201300678, empleando la tarjeta 147 y Hola Perú, por un importe de 11.211,07 soles, toda vez que:
  - En el periodo del 28 al 29 de octubre de 2013, se aplicó la tarifa de S/ 0,003894 (inc. IGV) por segundo, siendo una tarifa mayor a la tarifa promocional registrada con código SIRT TPTF201300678, por un importe excedente de once mil doscientos once con 07/100 Soles (S/. 11.211,07).
- TELEFÓNICA habría incurrido en las infracciones tipificadas, como grave, en el segundo y tercer párrafo del literal (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, al aplicar tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública con código SIRT TPTF201300678 y TETF201400152; y, a su vez, a la tarifa tope fijadas por OSIPTEL mediante Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL, empleando la tarjeta 147 y Hola Perú, por un importe de 24.395,51 soles, debido a que:
  - El 30 de octubre de 2013 desde las 00:00 hasta las 23:10:54 horas, se aplicó la tarifa de S/ 0,003894 (inc. IGV) por segundo, siendo una tarifa mayor a la tarifa promocional registrada con código SIRT TPTF201300678; y, a la tarifa tope fijada por OSIPTEL - Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL - por un importe excedente de cinco mil seiscientos uno con 78/100 Soles (S/ 5.601,78);
  - El 30 de octubre de 2013 a las 23:10:55 horas hasta el 30 de noviembre de 2013, se aplicó una tarifa mayor a S/ 0,00295 (inc. IGV) por segundo, siendo una tarifa mayor a la tarifa promocional registrada con código SIRT TPTF201300678, y a la tarifa tope fijada por OSIPTEL - Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL -, por un importe excedente de mil cuatro con 29/100 Soles (S/ 1.004,29); y,
  - En los periodos del 01 de diciembre de 2013 a las 00:00:00 al 17 de febrero de 2014, se aplicó una tarifa de mayor a S/ 0,00295 (inc. IGV) por segundo, siendo una tarifa mayor a la tarifa establecida registrada con código TETF201400152, y a la tarifa tope fijada por OSIPTEL - Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL -, por un importe excedente de diecisiete mil setecientos ochenta y nueve con 44/100 Soles (S/ 17.789,44).

<sup>1</sup> Denominación acorde con el Decreto Supremo 045-2017-PCM, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de abril de 2017.

<sup>2</sup> 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 las mismas obligaciones que sustentan el inicio del presente PAS.

<sup>3</sup> Vigente desde el 30 de octubre de 2013

- 4.3. TELEFÓNICA habría incurrido en las infracciones tipificadas, como muy grave, en los ítems 8 y 2 del Anexo N° 1 del Reglamento General de Tarifas, al aplicar tarifas mayores a las informada o puesta a disposición pública con código SIRT TETF201400152; y, a su vez, a la tarifa tope fijada por el OSIPTEL mediante Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL, empleando la tarjeta 147 y Hola Perú, de acuerdo al siguiente detalle:
- En los periodos del 18 al 20 de febrero de 2014 y del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015, se aplicó una tarifa de mayor a S/ 0,00295 (inc. IGV) por segundo, siendo una tarifa mayor a la tarifa establecida registrada con código TETF201400152, y a la tarifa tope fijada por OSIPTEL - Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL -, por un importe excedente de cincuenta y tres mil trescientos noventa y ocho con 72/100 Soles (S/ 53.398,72).
- 4.4. TELEFÓNICA habría incurrido en la infracción tipificada, como muy grave, en el ítem 8 del Anexo N° 1 del Reglamento General de Tarifas, al aplicar una tarifa mayor a la informada o puesta a disposición pública con código SIRT TPTF201400177, empleando la tarjeta 147 y Hola Perú, de acuerdo al siguiente detalle:
- En el periodo del 21 al 23 de febrero de 2014, se aplicó una tarifa mayor a la tarifa promocional, S/ 0,00140 por segundo inc. IGV, TPTF201400177, por un importe excedente de ochocientos noventa con 46/100 Soles (S/ 890,46).
2. A través de la carta C.000100-GFS/2016, notificada el 06 de enero de 2016, la GSF comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el segundo y tercer párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas; y en los ítems 2 y 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas; otorgándole a dicha empresa operadora un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
3. Con carta TP-AR-GGR-0448-16, recibida con fecha 26 de febrero de 2016, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
4. Con fecha 05 de mayo de 2016, la GSF remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 00327-GFS/2016 (Informe final de instrucción).
5. Mediante comunicación N° C.00006-GG/2017 notificada el 04 de enero de 2017, en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 235<sup>o4</sup> de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>5</sup> (LPAG) -norma vigente a esa fecha-, se puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe final de instrucción, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles.
6. A través de la comunicación TP-0024-AG-GGR-17 presentada el 05 de enero de 2017, TELEFÓNICA solicitó el uso de la palabra en relación al PAS, lo cual efectuó el 12 de enero de 2017.
7. Mediante comunicaciones TP-0204-AG-GGR-17 y TP-0215-AG-GGR-17 presentadas el 10 y 19 de enero de 2017, TELEFÓNICA presentó descargos adicionales.
8. A través de Memorando N°00121-GG/2017 de fecha 23 de enero de 2017, la Gerencia General solicitó a la GSF precise la fecha en que TELEFÓNICA cumplió con efectuar las devoluciones por la aplicación de tarifas mayores, lo cual fue atendido mediante Memorando N° 00106-GFS/2017.
9. Mediante comunicación TP-0416-AG-GGR-17 del 03 de febrero de 2017, TELEFÓNICA presentada el 03 de febrero de 2017, TELEFÓNICA solicitó adecuar el Informe final de instrucción conforme a los criterios establecidos en el Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016, norma que modifica la Ley 2744, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Expediente N° 00096-2015-GG-GFS**
10. En el Expediente de supervisión N° 00096-2015-GG-GFS, la GSF efectuó la verificación de las devoluciones realizadas por TELEFÓNICA en relación a la aplicación de una tarifa mayor a la tarifa tope y promocional en las llamadas fijo-móvil, empleando tarjeta de pago 147 y Hola Perú – Resolución N° 137-2012-CD/OSIPTEL.
11. Mediante Informe de Supervisión N° 00316-GFS/2016, de fecha 3 de mayo de 2016, la GSF concluyó lo siguiente:
- 4. CONCLUSIÓN**
- TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. cumplió con efectuar la devolución producto de la aplicación de tarifa mayor a la tarifa tope y promocional en las llamadas fijo-móvil, empleando la tarjeta de pago 147 y Hola Perú – Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL.  
(...)

<sup>4</sup> Artículo 246° del Decreto Supremo N° 006-2017-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, publicado el 20 de marzo de 2017.

<sup>5</sup> Modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016

## II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 2 de febrero de 2001, este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Así también el artículo 41° del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

El presente PAS se inició contra TELEFÓNICA al imputársele la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el segundo y tercer párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, 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.*

*La empresa operadora que aplique tarifas mayores a las tarifas tope fijadas por OSIPTEL o, en su caso, mayores a las tarifas que sustentan las resoluciones de ajustes que fijan tarifas tope por canastas de servicios, incurrirá en infracción grave.*

(...)

Asimismo, se imputa a TELEFÓNICA el incumplimiento de lo establecido en los numerales 2 y 8 del Régimen de Infracciones y Sanciones de la Resolución N° 024-2014-CD/OSIPTEL que modificó el Reglamento General de Tarifas (modificación al Reglamento de Tarifas), los que los que disponen lo siguiente:

ÍTEM	INFRACCIÓN	SANCIÓN
2	La empresa operadora que aplique una tarifa superior a la respectiva tarifa tope vigente establecida por el OSIPTEL o superiores a las legalmente permitidas o, en su caso, superior a la respectiva tarifa regulada que formó parte del sustento de la resolución que establece el ajuste tarifario vigente de tarifas tope por canastas de servicios, incurrirá en INFRACCIÓN MUY GRAVE (Art. 9, inc. 2).	MUY GRAVE
8	La empresa operadora que aplique una tarifa superior a la respectiva tarifa que hubiera informado a los usuarios directamente, a través del SIRT o en otros medios, incurrirá en INFRACCIÓN MUY GRAVE. (Art. 11, último párrafo)	MUY GRAVE

Conforme al Informe de Supervisión, las presuntas infracciones tipificadas en el Reglamento de Tarifas y la modificación del Reglamento de Tarifas, se habrían configurado en relación a la aplicación de las tarifas que se muestran a continuación en la Tabla 1:

**Tabla 1: Relación de artículos y hechos imputados en la carta de intento de sanción**

Tipificación vigente hasta el 17/02/2014:	
Segundo párrafo del literal (ii) del artículo 43°	Tercer párrafo del literal (ii) del artículo 43°
Tarifas registradas en el SIRT con código:	Tarifas Tope Establecidas con Resolución N°:
TPTF201300678	138-2013-CD/OSIPTEL
TETF201400152	138-2013-CD/OSIPTEL
Tipificación vigente desde el 18/02/2014	
Ítem 8 del Anexo N° 1 - Régimen de Infracciones y Sanciones	Ítem 2 del Anexo N° 1 - Régimen de Infracciones y Sanciones
Tarifas registradas en el SIRT con código:	Tarifas Tope Establecidas con Resolución N°:
TETF201400152	138-2013-CD/OSIPTEL
TPTF201400177	-

Fuente: Elaboración PIA

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG)<sup>6</sup>, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que ésta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado<sup>7</sup>, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

<sup>6</sup> Publicado el 20 de marzo de 2017

<sup>7</sup> PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ª ed., Pág. 539.

De otro lado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 250.3° del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento administrativo sancionador cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos corresponde continuar con el trámite del análisis del PAS iniciado a TELEFÓNICA, por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por TELEFÓNICA a través de sus Descargos, respecto a la imputación de cargos formulada por la GSF.

### 1. Análisis de los descargos

TELEFÓNICA sustenta sus descargos presentados en las comunicaciones TP-AR-GGR-0448-16, TP-0204-AG-GGR-17 y TP-0215-AG-GGR-17 (Descargos) en los siguientes fundamentos:

- (i) Se contraviene el Principio de Nom Bis in Ídem.
- (ii) Se le pretende imponer una doble sanción o multa por un mismo evento, vulnerando los Principios de Concurso de Infracciones y de Continuidad, aplicables a todo PAS.
- (iii) Se produjo un error involuntario en la programación de unos códigos de identificación de tarifas que se direccionaron incorrectamente, lo cual originó su incumplimiento.
- (iv) Ha implementado medidas para mitigar el incumplimiento en cuanto al cobro de las tarifas registradas con códigos SIRT<sup>8</sup> TPTF201300678, TETF201400152, así como a la tarifa tope fijada por el OSIPTEL.
- (v) Ha implementado acciones de compensación para la devolución de los montos cobrados derivados del incumplimiento.

En consecuencia, corresponde analizar los Descargos presentados por TELEFÓNICA respecto a la imputación de cargos formulada por la GSF, considerando los incumplimientos detectados.

#### 1.1 Sobre los hechos verificados en la etapa de supervisión

De acuerdo al Informe de Supervisión, TELEFÓNICA habría incumplido con lo dispuesto en el segundo y tercer párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, puesto que, empleando tarjetas prepago 147 y Hola Perú, aplicó tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública, a través de las tarifas con códigos SIRT TPTF201300678 y TPTF201400152; y, a su vez, aplicó una tarifa mayor a la tarifa tope fijada por el OSIPTEL mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2013-CD/OSIPTEL; y, asimismo, aplicó una tarifa mayor a la publicada con código TPTF201400177, conforme al siguiente detalle de hechos sucedidos:

- i. Llamadas realizadas del 28 al 29 de octubre de 2013, en las cuales se aplicó la tarifa de S/ 0,003894 (inc. IGV) por segundo, siendo una tarifa mayor a la tarifa promocional registrada con código SIRT TPTF201300678, por un importe excedente de once mil doscientos once con 07/100 Soles (S/ 11.211,07).

**Tabla 2: Aplicación de Tarifas período del 28 al 29 de octubre de 2013**

Llamadas del 28 al 29 de octubre de 2013						
Origen Llamadas	Código SIRT Establecida	Tarjeta	Duración Segundos	Importe Cobrado (S/)	Importe aplicando tarifa S/ 0,00295	Excedente (S/)
Telefónica del Perú S.A.A	TPTF201300678	147	11291505	44452,97	33309,93975	11143,03025
Otros operadores fijo			1480158	4433,88	4366,4661	67,41390
<b>Mayor a la tarifa promocional - 147</b>						<b>11.210,44415</b>
Telefónica del Perú S.A.A	TPTF201300678	Hola Perú	16071	47,96	47,40945	0,55055
Otros operadores fijo			4283	12,72	12,63485	0,08515
<b>Mayor a la tarifa promocional - Hola Perú</b>						<b>0,63570</b>
<b>Mayor a la tarifa promocional</b>						<b>11.211,07985</b>

Fuente: Informe final de instrucción

- ii. Llamadas realizadas el 30 de octubre de 2013 desde las 00:00 hasta las 23:10:54 horas, en las cuales se aplicó la tarifa de S/ 0,003894 (inc. IGV) por segundo, siendo una tarifa mayor a la tarifa promocional registrada con código SIRT TPTF201300678; y, a la tarifa tope fijada por OSIPTEL - Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL - por un importe excedente de cinco mil seiscientos uno con 78/100 Soles (S/5.601,78).

**Tabla 3: Aplicación de Tarifas período del 30.10.2013 desde las 00:00 hasta las 23:10:54**

Llamadas del 30 de octubre de 2013 a las 00:00 hasta las 23:10:54 horas						
Origen Llamadas	Código SIRT Establecida	Tarjeta	Duración Segundos	Importe Cobrado (S/)	Importe aplicando tarifa S/ 0,00295	Excedente (S/)
Telefónica del Perú S.A.A	TPTF201300678	147	5637802	22198,8	16631,5159	5567,28410
Otros operadores fijo			748849	2243,4	2209,10455	34,29545
<b>Mayor a la tarifa Tope y promocional - 147</b>						<b>5.601,57955</b>
Telefónica del Perú S.A.A	TPTF201300678	Hola Perú	3179	9,56	9,37805	0,18195
Otros operadores fijo			153	0,47	0,45135	0,01865
<b>Mayor a la tarifa Tope y promocional – Hola Perú</b>						<b>0,20060</b>
<b>Mayor a la tarifa Tope y Promocional</b>						<b>5.601,78015</b>

Fuente: Informe final de instrucción

- iii. Llamadas realizadas del 30 de octubre de 2013 a las 23:10:55 horas hasta el 30 de noviembre de 2013, en las cuales se aplicó una tarifa mayor a S/ 0,00295 (inc. IGV) por segundo<sup>9</sup>, siendo una tarifa mayor a la tarifa promocional registrada con código SIRT TPTF201300678, y a la tarifa tope fijada por OSIPTEL -Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL-, por un importe excedente de mil cuatro con 29/100 Soles (S/ 1.004,29).

**Tabla 4: Aplicación de Tarifas período del 30.10.2013 al 30.11.2013**

Llamadas del 30 de octubre de 2013 a las 23:10:55 hasta el 30 de noviembre a las 23:59:59 horas						
Origen Llamadas	Código SIRT Establecida	Tarjeta	Duración Segundos	Importe Cobrado (S/)	Importe aplicando tarifa S/ 0,00295	Excedente (S/)
Telefónica del Perú S.A.A	TPTF201300678	147	6966481	21485,29	20551,11895	934,17105
Otros operadores fijo			1092424	3273,99	3222,6508	51,3392
<b>Mayor a la tarifa tope y promocional - 147</b>						<b>985,51025</b>
Telefónica del Perú S.A.A	TPTF201300678	Hola Perú	431996	1289,73	1274,3882	15,3418
Otros operadores fijo			85307	255,1	251,65565	3,44435
<b>Mayor a la tarifa tope y promocional – Hola Perú</b>						<b>18,78615</b>
<b>Mayor a la tarifa Tope y Promocional</b>						<b>1004,2964</b>

Fuente: Informe final de instrucción

- iv. Llamadas realizadas en el periodo del 01 de diciembre de 2013 al 17 de febrero de 2014, en las cuales se aplicó una tarifa mayor a S/ 0,00295 (inc. IGV) por segundo<sup>10</sup>, siendo una tarifa mayor a la tarifa establecida registrada con código TETF201400152, y a la tarifa tope fijada por OSIPTEL - Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL -, por un importe excedente de diecisiete mil setecientos ochenta y nueve con 44/100 Soles (S/ 17.789,44).

**Tabla 5: Aplicación de Tarifas período del 01.12.2013 al 17.02.2014**

Llamadas del 01 de diciembre de 2013 hasta el 17 de febrero de 2014						
Origen Llamadas	Código SIRT Establecida	Tarjeta	Duración Segundos	Importe Cobrado (S/)	Importe aplicando tarifa S/ 0,00295	Excedente (S/)
Telefónica del Perú S.A.A	TETF201400152	147	249257807	753073,77	735310,53065	17763,23935
		Hola Perú	786016	2344,95	2318,74720	26,20280
<b>Mayor a la tarifa Tope y Establecida</b>						<b>17.789,44215</b>

Fuente: Informe final de instrucción

<sup>9</sup> Redondeado en exceso en base a una unidad numérica próxima o siguiente<sup>10</sup> Redondeado en exceso en base a una unidad numérica próxima o siguiente

- v. Llamadas realizadas en los periodos del 18 al 20 de febrero de 2014 y del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015, se aplicó una tarifa mayor a S/ 0,00295 (inc. IGV) por segundo<sup>11</sup>, siendo una tarifa mayor a la tarifa establecida registrada con código TETF201400152, y a la tarifa tope fijada por OSIPTEL - Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL -, por un importe excedente de cincuenta y tres mil trescientos noventa y ocho con 72/100 Soles (S/ 53.398,72).

**Tabla 6: Aplicación de Tarifas período del 18.02.2014 al 20.02.2014, y del 24.02.2014 al 15.03.2015**

Llamadas del 18 al 20 de febrero de 2014 y del 24 de febrero 2014 al 15 de marzo de 2015						
Origen Llamadas	Código SIRT Establecida	Tarjeta	Duración Segundos	Importe Cobrado (S/)	Importe aplicando tarifa S/ 0,00295	Excedente (S/)
Telefónica del Perú S.A.A	TETF201400152	147	1021454868	3066664,25	3013291,86060	53372,38940
		Hola Perú	766826	2288,47	2262,13670	26,33330
<b>Mayor a la tarifa Tope y Establecida</b>						<b>53.398,72270</b>

Fuente: Informe final de instrucción

- vi. Llamadas realizadas en el periodo del 21 al 23 de febrero 2014, en las cuales se aplicó una tarifa mayor<sup>12</sup> a la tarifa promocional de S/ 0,00140 por segundo inc. IGV, registrada con código SIRT N° TPTF201400177, por un importe excedente de ochocientos noventa con 46/100 Soles (S/ 890,46).

**Tabla 7: Aplicación de Tarifas período del 21 al 23.02.2014**

Llamadas del 21 al 23 de febrero de 2014						
Origen Llamadas	Código SIRT Establecida	Tarjeta	Duración Segundos	Importe Cobrado (S/)	Importe aplicando tarifa S/ 0,00140	Excedente (S/)
Telefónica del Perú S.A.A	TPTF201400177	147	19310577	27754,86	27034,80780	720,05220
Otros operadores fijo			3275469	4705,23	4585,65660	119,57340
<b>Mayor a la tarifa promocional - 147</b>						<b>839,62560</b>
Telefónica del Perú S.A.A	TPTF201400177	Hola Perú	29997	89,55	41,99580	47,55420
Otros operadores fijo			2028	6,12	2,83920	3,28080
<b>Mayor a la tarifa promocional - Hola Perú</b>						<b>50,83500</b>
<b>Mayor a la tarifa promocional</b>						<b>890,46060</b>

Fuente: Informe final de instrucción

En atención a lo dispuesto por el Reglamento de Tarifas y a la modificación normativa realizada mediante Resolución N° 024-2014-CD/OSIPTEL, los hechos expuestos configurarían las siguientes infracciones:

**Tabla 8: Resumen de infracciones**

Tipificación vigente hasta el 17/02/2014:	
Segundo párrafo del literal (ii) del artículo 43°	Tercer párrafo del literal (ii) del artículo 43°
<b>Código SIRT TPTF201300678</b>	
Del 28 al 29 de octubre de 2013, por un importe excedente de once mil doscientos once con 07/100 Soles (S/ 11.211,07)	No aplica
Del 30 de octubre de 2013 desde las 00:00 hasta las 23:10:54 horas, por un importe excedente de cinco mil seiscientos uno con 78/100 Soles (S/5.601,78)	Del 30 de octubre de 2013 desde las 00:00 hasta las 23:10:54 horas, por un importe excedente de cinco mil seiscientos uno con 78/100 Soles (S/5.601,78)
Del 30 de octubre de 2013 a las 23:10:55 horas hasta el 30 de noviembre de 2013, por un importe excedente de mil cuatro con 29/100 Soles (S/ 1.004,29)	Del 30 de octubre de 2013 a las 23:10:55 horas hasta el 30 de noviembre de 2013, por un importe excedente de mil cuatro con 29/100 Soles (S/ 1.004,29)

<sup>11</sup> Redondeado en exceso en base a una unidad numérica próxima o siguiente

<sup>12</sup> Redondeado en exceso en base a una unidad numérica próxima o siguiente

<b>Tipificación vigente hasta el 17/02/2014:</b>	
<b>Segundo párrafo del literal (ii) del artículo 43°</b>	<b>Tercer párrafo del literal (ii) del artículo 43°</b>
<b>Código SIRT TETF201400152</b>	
Del 01 de diciembre de 2013 al 17 de febrero de 2014, por un importe excedente de diecisiete mil setecientos ochenta y nueve con 44/100 Soles (S/ 17.789,44)	Del 01 de diciembre de 2013 al 17 de febrero de 2014, por un importe excedente de diecisiete mil setecientos ochenta y nueve con 44/100 Soles (S/ 17.789,44)
<b>Tipificación vigente desde el 18/02/2014</b>	
<b>Ítem 8 del Anexo N° 1 - Régimen de Infracciones y Sanciones</b>	<b>Ítem 2 del Anexo N° 1 - Régimen de Infracciones y Sanciones</b>
<b>Código SIRT TETF201400152</b>	
Del 18 al 20 de febrero de 2014 y del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015, por un importe excedente de cincuenta y tres mil trescientos noventa y ocho con 72/100 Soles (S/ 53.398,72)	Del 18 al 20 de febrero de 2014 y del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015, por un importe excedente de cincuenta y tres mil trescientos noventa y ocho con 72/100 Soles (S/ 53.398,72)
<b>Código SIRT TETF201400177</b>	
Del periodo del 21 al 23 de febrero 2014, por un importe excedente de ochocientos noventa con 46/100 Soles (S/ 890,46)	No aplica

Fuente: Informe final de instrucción

## 1.2 Sobre la alegada contravención al Principio Non Bis in ídem y al Concurso de Infracciones

Señala TELEFÓNICA que en el presente caso se busca imponer una doble sanción en relación a la promoción con código SIRT TPF201300678 al imputarse de manera simultánea la comisión de la infracción tipificada en el artículo 43° del Reglamento General de Tarifas a un mismo supuesto, lo cual pudo haber sido imputado en un solo acto administrativo.

Refiere así, dicha empresa operadora que el OSIPTEL consideró que por el hecho que las supuestas infracciones detectadas se produjeron en tiempos distintos, ello justificaría la imposición de sanciones diferentes; sin embargo, ello no tendría sustento lógico – jurídico, pues los tiempos son inmediatamente correlativos, con lo cual el comportamiento a ser sancionado se produjo del 28 de octubre al 30 de noviembre de 2013.

De igual forma, TELEFÓNICA señala que en el caso de la promoción con código SIRT TEF201400152 se le pretende imputar una infracción como muy grave y grave, tratándose de la misma conducta, pese a que la promoción estuvo vigente desde el 30 de octubre de 2013 hasta el 15 de marzo de setiembre de 2015, conforme lo acreditaría con la Ficha Informativa de la Tarifa que alude en sus descargos.

A criterio de TELEFÓNICA en el supuesto de detectarse que habría cometido una infracción, se le debería sancionar no por los periodos arbitrariamente divididos, sino por el conjunto integrado de los mismos.

Asimismo, dicha empresa operadora alude que lo anterior vulnera el Principio de Non Bis in Ídem, el mismo que prohíbe la imposición sucesiva o simultánea de una sanción administrativa, en los casos en que se aprecia la identidad de tres elementos, hechos, sujeto y fundamento; lo cual, sucedería -a criterio de dicha empresa operadora- en el caso de las promociones SIRT TPTF201300678 y TETF201400152, de la siguiente manera:

- Tarifa SIRT TPTF201300678
  - Identidad de sujeto: TELEFÓNICA
  - Identidad de hecho: Se ha excedido en el cobro de la tarifa promocional registrada con código SIRT TPTF201300678
  - Identidad de fundamento: Haberse vulnerado el segundo párrafo del literal ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas
- Tarifa SIRT TETF201400152
  - Identidad de sujeto: TELEFÓNICA
  - Identidad de hecho: Se ha excedido en el cobro de la tarifa promocional registrada con código SIRT TETF201400152 y el límite tarifario establecido por el OSIPTEL
  - Identidad de fundamento: Haberse vulnerado el segundo párrafo del literal ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, así como los ítems 2 y 8 de la modificación al Reglamento de Tarifas.

De otro lado, refiere TELEFÓNICA que en el presente PAS se le imputa la infracción del segundo y tercer párrafo del literal ii) del artículo 43° del Reglamento de Tarifas, lo cual vulnera la regla del Concurso de Infracciones

también prevista en el TUO de la LPAG, por lo cual, solicita que las infracciones que se le imputan se restrinjan a una sola infracción administrativa.

Agrega dicha empresa operadora que el PAS corresponde a un solo hecho continuado, pues se origina en una situación que se mantuvo ininterrumpidamente desde el 28 de octubre de 2013 al 23 de febrero de 2014.

Refiere adicionalmente, que los hechos generadores de cada una de las incidencias, se originaron con anterioridad a la vigencia de la modificación del Reglamento de Tarifas, con lo cual, en el supuesto que se haya cometido una infracción administrativa, esta no puede ser evaluada dentro del marco de tal modificación, considerando lo previsto por el Principio de Irretroactividad dispuesto en el artículo 230° de la LPAG (actualmente artículo 246° del TUO de la LPAG), al no serle más beneficiosa.

De esta manera, concluye TELEFÓNICA que correspondería aplicar únicamente la normativa vigente al momento en que ocurrieron los hechos que derivaron en la comisión de la infracción administrativa, pues lo contrario constituiría un arbitrariedad y un abuso de autoridad.

Al respecto, en cuanto el Principio Non Bis in Ídem y la regla del Concurso de Infracciones, estos se encuentran contenidos en el artículo artículo 246°<sup>13</sup> del TUO de la LPAG, norma que señala lo siguiente:

“10. Non bis in ídem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

“6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.”

En el presente caso, está acreditado -sin que haya sido cuestionado por TELEFÓNICA en sus descargos- que la conducta infractora desarrollada por dicha empresa consistió en aplicar tarifas que no solo resultaron ser mayores a la tarifa tope fijada por el OSIPTEL, sino también a las tarifas informadas o puestas a disposición pública mediante el SIRT. Así, la imputación que se sigue en el PAS se refiere al exceso de cobro respecto de las tarifas con códigos SIRT TPTF201300678, TETF201400152 y TPTF201400177, las cuales, en el caso de las dos primeras excedieron también el límite tarifario establecido por el OSIPTEL en la tarifa tope prevista en la Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL.

Según se indica en el Informe de Supervisión, TELEFÓNICA registró en el SIRT la tarifa promocional N° TPTF201300678, vigente del 28 al 29 de octubre de 2013, y su renovación, vigente del 30 de octubre al 30 de noviembre de 2013, así como, la tarifa establecida N° TETF201400152, vigente a partir del 01 de diciembre de 2013 hasta el 20 de febrero de 2014, y del 24 de febrero de 2014 hasta el 15 de marzo de 2015, con la tarifa de S/ 0.00295 por segundo (inc. IGV).

De otro lado, TELEFÓNICA registró la tarifa promocional N° TPTF201400177, vigente del 21 al 23 de febrero de 2014, con la tarifa de S/ 0.00140 por segundo (inc. IGV).

Lo anteriormente señalado se puede visualizar en gráfico siguiente:

Gráfico 1: Resumen de aplicación de tarifas



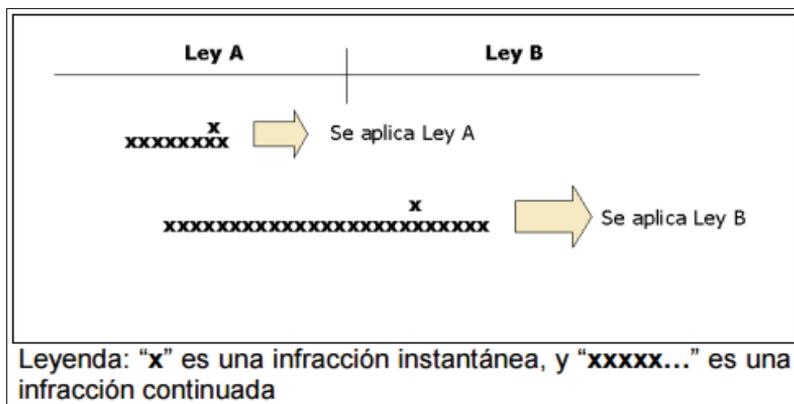
Fuente: Elaboración PIA

De esta manera, se tiene que la conducta infractora de TELEFÓNICA al cobrar una tarifa mayor a la tarifa de 0.00295 por segundo inc. IGV se desarrolló desde el 28 de octubre de 2013 hasta el 20 de febrero de 2014, y del 24 de febrero de 2014 hasta el 15 de marzo de 2015; y en el caso de la aplicación de una tarifa de S/ 0.00140 por segundo inc. IGV del 21 al 23 de febrero de 2014; siendo las últimas fechas en cada caso, en las cuales la empresa operadora habría corregido las tarifas aplicables; tratándose por ende de una infracción de tipo

continuada en cada uno de los períodos indicados, en los términos expresados en el artículo 250<sup>o</sup>14 del TUO de la LPAG, la que determina la constitución de una situación jurídica que se prolonga en el tiempo, a lo largo del cual, la infracción se continúa cometiendo, hasta que se abandona tal situación antijurídica mediante su cese, siendo este último el momento en el que se consuma la infracción<sup>15</sup>.

Cabe indicar que en la línea de lo expresado por el Tribunal Constitucional<sup>16</sup> y la doctrina en materia administrativa<sup>17</sup>, al tratarse de una infracción continuada -considerada como una unidad de acción que se consuma cuando cesa el momento en que ocurre el cese de la conducta infractora el que determina la norma punitiva aplicable, como se aprecia en el Gráfico 1 a continuación.

**Gráfico 2: Determinación de disposición sancionadora ante infracciones instantáneas y continuadas**



Fuente: Gomez y Vergaray (2009)

Sobre la base las consideraciones expuestas, como se muestra en el Gráfico 2, en el caso de la conducta infractora que se desarrolló desde el 28 de octubre de 2013 hasta el 20 de febrero de 2014, ésta se desarrolló de manera continuada durante la vigencia de las disposiciones sancionadoras contenidas en ambas normas: Reglamento de Tarifas y la modificación al Reglamento de Tarifas, pero se consumó al producirse su cese durante la vigencia de esta última norma; con lo cual, se concluye que dicha conducta infractora debe evaluarse bajo la modificación del Reglamento de Tarifas y no el Reglamento de Tarifas.

Cabe indicar que en el caso de las conductas desarrolladas del 21 al 23 de febrero de 2014 (código SIRT TPTF201400177) y del 24 de febrero al 15 de marzo de 2015 (código TEFT 201400152), también corresponde evaluar dentro de la modificación del Reglamento de Tarifas, al haberse realizado durante la vigencia de dicha norma, y considerando la imputación de cargos contenida en la comunicación C.00010-GFS/2016.

<sup>14</sup> TUO de la LPAG  
\*Artículo 250.- Prescripción  
(...)

250.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes."  
(Sin subrayado en original).

<sup>15</sup> Véase DE PALMA DEL TESO, Angeles. "Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo de plazo de prescripción". En Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo. N° 112. 2001. P. 557.

Si bien la definición reseñada por el autor indicado en el párrafo anterior corresponde a la categoría de las infracciones permanentes, se recoge el criterio desarrollado por Baca Oneto (citado en la Resolución 076-2016-CD/OSIPTTEL) conforme al cual, aun cuando la LPAG denomina a este tipo de infracciones como continuadas, "(...) la norma [el numeral 2 del artículo 233° de la LPAG] se refiere a las infracciones permanentes, que son aquellas que propiamente pueden *cesar*" (BACA ONETO, Víctor. "La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General". En Derecho & Sociedad, N° 37, P. 273.

<sup>16</sup> Véase al respecto la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 901-2003-HC/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00901-2003-HC.html>) consultado el 25/07/2016):

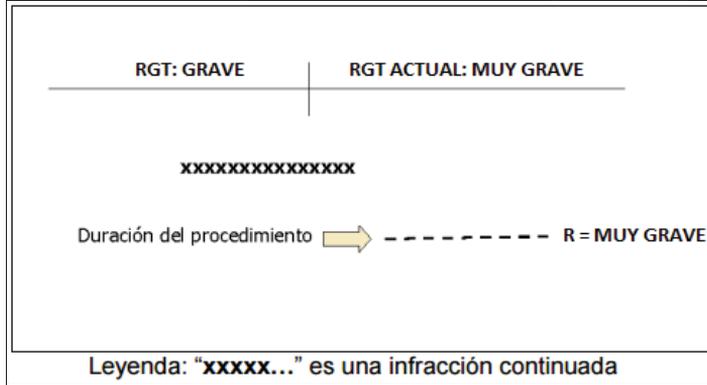
"3. Cuando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará, como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante su comisión. Esto es así, porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata.

4. En el caso de autos, se trata de un delito continuado que fue cometido durante la vigencia de dos normas penales con consecuencias jurídicas distintas (...). Tal como se ha establecido en los fundamentos precedentes, no se trata de un conflicto de normas en el tiempo (...)." (Sin subrayado en original).

<sup>17</sup> Véase GÓMEZ APAC, Hugo y VERGARAY BÉJAR, Verónica. "La Potestad Sancionadora y los Principios del Procedimiento Sancionador. En: Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Belaunde. Fondo Editorial Universidad de Ciencias Aplicadas, Lima, P. 403-438.

Considerando lo anterior, corresponde imputar únicamente el incumplimiento de lo establecido en los numerales 2 y 8 del Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación al Reglamento de Tarifas, lo cual se puede apreciar a continuación:

**Gráfico 3: Determinación de disposiciones sancionadoras aplicables al presente PAS**



Fuente: Elaboración PIA

**Tabla 9: Resumen aplicando continuidad de infracciones**

Ítem 8 del Anexo 1 – Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación al Reglamento de Tarifas	Ítem 2 del Anexo 1 – Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación al Reglamento de Tarifas
<b>Código SIRT TPTF201300678 y TETF201400152</b>	
Del 28 de octubre de 2013 al 20 de febrero de 2014.	Del 28 de octubre al 20 de febrero de 2014.
Del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015.	Del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015.
<b>Código SIRT TETF201400177</b>	
Del periodo del 21 al 23 de febrero 2014.	No aplica

Fuente: Elaboración PIA

Por otro lado, en lo que se refiere a la aplicación del Concurso de Infracciones, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 246° del TUO de la LPAG mencionado anteriormente, cuando una misma conducta califique como más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

De acuerdo a ello, es posible apreciar de la Tabla 9 señalada anteriormente, que TELEFÓNICA debido a una misma conducta -supuesto "error involuntario" en la configuración de las tarifas aplicadas a través de las tarjetas Hola Perú y 147, como se verá más adelante- incurrió en:

- a) La infracción prevista en el ítem 2 del Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación de Reglamento de Tarifas, al haber aplicado tarifas mayores a la tarifa tope establecida en la Resolución de Ajuste.
- b) La infracción prevista en el ítem 8 del Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación del Reglamento Tarifas, al haber aplicado tarifas mayores a las informadas en el SIRT.

Considerando lo previsto por el numeral 6 del artículo 246° antes indicado, corresponde el concurso de las infracciones indicadas en los literales a) y b), considerando que ambas se encuentran tipificadas en la modificación del Reglamento General de Tarifas como muy graves, y corresponde a una sola conducta: supuesto "error involuntario" en la configuración de las tarifas aplicadas a través de las tarjetas Hola Perú y 147.

De esta manera, apreciándose de los actuados en la etapa de supervisión, que la afectación de la aplicación de tarifas mayores a las publicadas o puestas a disposición resulta mayor a la aplicación de tarifas mayores a la tarifa tope establecida<sup>18</sup>, en el presente caso, se aplicará la sanción para la infracción prevista en el ítem 8 del Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación del Reglamento General de Tarifas; sin perjuicio que la

<sup>18</sup>

TARIFA	Excedente (S/.)
INFORMADA O PUESTA A DISPOSICIÓN PÚBLICA	54.289,18
TOPE	53.398,72

Fuente: Informe final de instrucción

determinación de responsabilidad por la infracción concursada sea considerada para efectos de la aplicación de la reincidencia y demás responsabilidades que las leyes establezcan.

En consecuencia, en base al Concurso de Infracciones realizado, a continuación, en el siguiente cuadro se detallan las conductas por las cuales corresponde la imposición de la sanción, las cuales no son las únicas para la determinación de responsabilidad, conforme se ha indicado:

**Tabla 10: Resumen aplicando concurso de infracciones**

<b>Ítem 8 del Anexo 1 – Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación al Reglamento de Tarifas, al aplicar una tarifa superior a la tarifa informada a los usuarios a través del SIRT</b>
<b>Código SIRT TPTF201300678 y TETF201400152</b>
Del 28 de octubre al 20 de febrero de 2014.
Del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015.
<b>Código SIRT TETF201400177</b>
Del periodo del 21 al 23 de febrero 2014.

Fuente: Elaboración PIA

### 1.3 Sobre el error involuntario y las medidas implementadas para mitigar el cobro de las tarifas mayores

En sus descargos, refiere TELEFÓNICA que conforme a lo comunicado en la etapa de supervisión -carta DR-107-C-1391/FA-13 de fecha 05 de noviembre de 2013<sup>19</sup>-, se llegó a producir un error involuntario en la programación de los códigos de identificación de tarifas, los cuales se direccionaron incorrectamente, razón por lo cual se produjo una variación de la tarifa.

Alega, que la ocurrencia de supuestos como los descritos son admisibles en tanto el operador de telefonía brinda el servicio a un número significativo de usuarios, no obstante, el análisis de la autoridad se debe enfocar en conocer cuál es la respuesta del concesionario para remediar tales situaciones y no seguir perjudicando a los usuarios, que son los destinatarios del servicio.

Afirma que dentro de la política iniciada, se optó por la implementación del proyecto de renovación tecnológica en diciembre de 2014, iniciándose el proceso de migración a la nueva plataforma SYMSOFT, la cual cuenta con un entorno gráfico para implementar los cambios de tarifa y tiene una aplicación para probar los cambios de tarifas antes de su implementación, asegurando de esta forma, un correcto cambio tarifario.

Agrega TELEFÓNICA, que anteriormente contaba con *“las antiguas plataformas de tarifas ENIP2 para la tarjeta Hola Perú y la plataforma ENIP3 para la tarjeta 147, las cuales eran susceptibles de sufrir desperfectos en su ejecución”*; sin embargo, la plataforma unificada SYMSOF brinda un mejor servicio.

Respecto a lo manifestado por TELEFÓNICA en sus descargos, corresponde resaltar que ésta ha reconocido expresamente la existencia de un error en la programación de los códigos de identificación de tarifas, los cuales se direccionaron incorrectamente, razón por lo cual se produjo una variación de la tarifa y en consecuencia, la aplicación de una tarifa mayor; lo cual, confirma su responsabilidad en la comisión de las infracciones tipificadas en el Reglamento de Tarifas.

Ahora bien, respecto del alegado *“error involuntario”*, corresponde precisar que la correcta configuración de los parámetros para las tarifas aplicables, se encontraba dentro del ámbito de su control, por lo que alegar haber adoptado medidas de corrección, no la eximen de su responsabilidad respecto de la configuración del incumplimiento que se le imputa.

Así, una vez acreditados los hechos constitutivos de la infracción administrativa que se atribuye, corresponde al administrado aportar elementos para la valoración del contenido subjetivo de su comportamiento. En tal sentido, correspondía a TELEFÓNICA probar una diligencia debida o, en su caso, la concurrencia de una causa de exculpación, no siendo suficiente, el que haya señalado que el hecho de aplicar tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición, obedeció a un *“error”*.

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

Por tal motivo, en el caso de la evaluación del *“error”* como factor excluyente de responsabilidad administrativa, debe analizarse de manera detallada y con sumo cuidado el carácter vencible o invencible del mismo, pues de ello dependerá la atribución de responsabilidad a la empresa operadora o su exclusión, por tratarse de circunstancias que se encontraban fuera de su esfera de dominio y control.

<sup>19</sup> Folios 17 a 19 del expediente de supervisión

Conforme lo señala la doctrina, la evaluación del carácter invencible del error se diluye cuando nos encontramos ante determinadas actividades que involucran un desempeño profesional concreto o especializado, excluyéndose en estos casos la eventualidad de alegación del error como factor que exonere la responsabilidad<sup>20</sup>.

De este modo, la doctrina considera que la diligencia debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor, siendo que en algunos casos, para agentes que desarrollan actividades que requieren autorización administrativa y que suponen la asunción de obligaciones singulares, el nivel de diligencia exigido debe ser superior<sup>21</sup>.

En el presente caso se ha verificado que las trasgresiones a lo dispuesto en el Reglamento de Tarifas, fue realizada directamente por TELEFÓNICA, empresa especializada en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, quien desarrolla una actividad que le ha sido encargada mediante una Concesión otorgada por el Estado Peruano, por lo que se encontraba obligada a contar con las herramientas adecuadas y el nivel de capacitación necesario de su personal, para dar cumplimiento a la normativa antes referida.

Pese a su obligación, conforme lo ha reconocido la propia empresa operadora, a la fecha de comisión de la infracción, ésta contaba con plataformas antiguas susceptibles de sufrir desperfectos; siendo así, era de conocimiento de la empresa operadora, las limitaciones con las que contaba sus plataformas de tarifas, a pesar de ello, no tomó las medidas necesarias con la finalidad de dar cabal cumplimiento a tales obligaciones.

En ese orden de ideas, sin entrar en el análisis de la magnitud o de la relevancia del incumplimiento imputado, aún en el supuesto que se admitiera la posibilidad de un "error" en el proceso de aplicación tarifaria, se aprecia que éste no resulta invencible y por ende, excluyente de responsabilidad administrativa, puesto que corresponde a una situación que pudo haber sido fácilmente detectada y superada oportunamente, antes del cobro a los abonados, de haberse desplegado la diligencia debida exigible.

Sumado a ello, corresponde precisar que TELEFÓNICA no ha alcanzado evidencia que acredite la existencia de un "error involuntario" que permitiera exonerarla de responsabilidad, así como no ha probado que su actuación no podía haber sido realizada de un modo distinto aun cuando hubiera tenido la diligencia debida, toda vez que le correspondía acreditar que en el momento de la ocurrencia de los hechos no se podía esperar un comportamiento distinto, dado que ésa era su única alternativa u opción.

En tal sentido, no resulta procedente exonerar a TELEFÓNICA de las consecuencias establecidas por el incumplimiento de un deber establecido normativamente y calificado como infracción administrativa, máxime cuando se ha comprobado objetivamente en los hechos, la realización de la conducta infractora.

Cabe agregar que la aplicación de tarifas, corresponde a una actividad que no es realizada de modo esporádico por TELEFÓNICA, sino que la misma se ejecuta de manera permanente, motivo por el cual no basta alegar haber realizado acciones posteriores, para exonerarse de responsabilidad.

Así, si bien TELEFÓNICA indica que realizó medidas correctivas y procedió a la implementación de la nueva plataforma SYMSOFT, dicha actuación se realizó de forma posterior a la configuración del incumplimiento y al perjuicio causado a los usuarios, por lo que corresponde su evaluación en el marco del comportamiento posterior desarrollado por la empresa operadora, al momento de la graduación de la sanción.

#### **1.4 Sobre las acciones de compensación implementadas para la devolución de los montos cobrados relacionados con su incumplimiento**

Señala TELEFÓNICA que a través de las comunicaciones TP-AF-GTR-2979-15 y TP-AF-GTR-102-16 de fechas 02 de noviembre de 2015 y 15 de enero de 2016, respectivamente, en el marco del expediente de supervisión N° 00096-2015-GG-GFS<sup>22</sup>, informó al OSIPTEL que luego de haberse realizado la actualización de los intereses del monto a devolver, éste ascendía a doscientos ochenta mil cuatrocientos sesenta y nueve con 93/100 soles (S/. 280 469,93); ante con lo cual, realizó lo siguiente:

- (i) Según informó en su comunicación TP-AF-GTR-2979-15, decidió emplear la promoción registrada con código SIRT TPTF201500180 "Promoción para llamadas fijo - móvil con las Tarjetas 147 al minuto y 147 al segundo", tarifa de S/. 0,000880 por segundo y S/. 0.0528000 por minuto, vigente del 05 de noviembre al 02 de diciembre de 2015, con la finalidad de subsanar el cobro realizado en relación al retraso en la aplicación de la tarifa establecida para llamadas fijo - móvil código SIRT TEFT201400152 y tarifa promocional SIRT TPTF201400177.

<sup>20</sup> NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador" - Cuarta Edición Madrid: Tecnos, 2005, Página 413.

*"(...) en el campo del Derecho Administrativo sancionador resulta de ordinario trascendental el hecho de que el infractor sea profesional o lego. Cuando la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una profesión o actividad especializada se esfuma la posibilidad del error porque -por así decirlo- la norma ha impuesto la obligación de no equivocarse y opera, en consecuencia, la presunción de que no se ha equivocado (...) quien ejerce una actividad especializada está obligado a adoptar precauciones especiales para evitarlo (...) el ejercicio de una profesión (actividad especializada en general) implica la asunción voluntaria de obligaciones singulares así como de responsabilidades específicas frente a la Administración y terceros".*

(Sin subrayado en el original)

<sup>21</sup> Por ejemplo, Angeles De Palma Del Teso sostiene lo siguiente: "El grado de diligencia que se impone desde el Derecho Sancionador Administrativo estará en función de diversas circunstancias: a) tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deban ser desarrolladas por profesionales en la materia; o c) actividades que requieran previa autorización administrativa, lo que supondría no sólo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia". (El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Tecnos, 1996. P. 142)

<sup>22</sup> Relacionado con la verificación de las devoluciones realizadas, producto de la aplicación de una tarifa mayor a la tarifa promocional en las llamadas fijo - móvil, empleando tarjetas 147 y Hola Perú, y a la tarifa tope establecida con Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL.

- (ii) Asimismo, según informó en su comunicación TP-AF-GTR-102-16, decidió renovar la indicada promoción con código SIRT TPTF201500180 del 24 de diciembre de 2015 al 24 de enero de 2016, a fin de devolver el monto restante ascendente a ciento veinticinco mil seiscientos siete y 05/100 soles (S/. 125 607,05) del monto total indicado anteriormente.

En este punto agrega que a través de su comunicación TP-AF-GTR-0240-16 del 02 de febrero de 2016, informó que con la renovación antes indicada obtuvo un monto de devolución por el importe de S/. 207 408,03 que supera en aproximadamente un 60% del monto exigible de devolución de S/. 125 607,05.

En atención a lo anterior, considera TELEFÓNICA haber realizado conductas que tendientes a subsanar los excesos de cobros de tarifas, con lo cual correspondería aplicar en el caso en particular el Principio de Razonabilidad al momento de evaluar su conducta.

Asimismo, según alega dicha empresa operadora, correspondería la aplicación del artículo 236-A° del Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016, que modifica la LPAG -actual artículo 255° del TUO de la LPAG-, al existir una subsanación voluntaria en los términos dispuestos por aquélla, lo cual habría sido reconocido en el Informe final de instrucción de la GSF.

Agrega TELEFÓNICA que el proceso de devolución se generó en tres etapas distintas, la primera se inició el 21 de febrero de 2014, la segunda el 05 de noviembre de 2015 y la tercera el 23 de diciembre de 2015, todas con anterioridad al inicio del PAS. En consecuencia, correspondería, según considera, el archivo del mismo.

Al respecto, corresponde señalar que mediante Informe N° 316-GFS/2016 del 03 de mayo de 2016, emitido en el expediente de Supervisión N° 096-2015-GG-GFS, en el cual, conforme se ha indicado, se verifican las devoluciones realizadas, producto de la aplicación de una tarifa mayor a la tarifa promocional en las llamadas fijo - móvil, empleando tarjetas 147 y Hola Perú, y a la tarifa tope establecida con Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL; se concluyó lo siguiente:

TELEFÓNICA cumplió con efectuar la devolución producto de la aplicación de tarifa mayor a la tarifa tope promocional en las llamadas fijo - móvil empleando tarjeta de pago 147 y Hola Perú - Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL.

De esta manera, de acuerdo a lo desarrollado en el citado informe, TELEFÓNICA registró tarifas promocionales con códigos: TPTF201400177 y TPTF201500180, procediendo a realizar devoluciones de los períodos del 21 al 23 de febrero de 2014 (promoción TPTF201400177); del 05 de noviembre al 02 de diciembre de 2015 y del 24 de diciembre de 2015 al 24 de enero de 2016 (ambas promociones registradas con código SIRT TPTF201500180); de acuerdo al siguiente detalle:

**Tabla 11: Resumen de devoluciones efectuadas**

Periodo Afectado	Importe devuelto
28 al 30 de octubre de 2013 hasta las 23:10:54 horas	S/ 27.014,624
30 de octubre desde las 23:10:55 al 15 de marzo de 2015	S/ 334.697,819
	<b>S/ 361.712,443</b>

Fuente: Informe N° 00316-GFS/2016 (Expediente de Supervisión N° 00096-2015-GG-GFS)

Tales devoluciones, según se precisa en el Informe N° 00316-GFS/2016 corresponden a los siguientes períodos:

- Período afectado del 28 al 30 de octubre de 2013 hasta las 23:10:54 horas:

**Tabla 12: Resumen de devoluciones efectuadas por el período del 28 al 30.10.2013 (23:10:54)**

Vigencia de la devolución	Total segundos	Importe aplicando tarifa previa S/ 0,00295	Importe aplicando tarifa promocional S/ 0,00140	Devolución
21 al 23 de febrero de 2014	17.895.720	52.792,374	25.777,75	S/ 27.014,624

Fuente: Informe N° 00316-GFS/2016 obrante en el expediente de Supervisión N° 00096-2015-GG-GFS

- Período afectado del 30 de octubre de 2013 desde las 23:10:55 horas hasta el 15 de marzo de 2015:

**Tabla 13: Resumen de devoluciones efectuadas por el período del 30.10.2013 (23:10:55) hasta el 15.03.2015**

Vigencia de la devolución	Total segundos	Importe aplicando tarifa previa S/ 0,00188	Importe aplicando tarifa promocional S/ 0,00088	Devolución
05 de noviembre al 02 de diciembre de 2015	154.862.884	291.142,22192	136.279,33792	S/ 154.862,884
24 de diciembre de 2015 al 24 de enero de 2016	179834935	338.089,6778	158.254,7428	S/ 179.834,935
			<b>TOTAL</b>	<b>S/ 334.697,819</b>

Fuente: Informe N° 00316-GFS/2016 obrante en el expediente de Supervisión N° 00096-2015-GG-GFS

Asimismo, agrega el mencionado Informe que las devoluciones indicadas se efectuaron de conformidad con el artículo 40-A° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, el cual dispone lo siguiente:

**Artículo 40-A.- Prorrato de montos pendientes de devolución**

Las empresas operadoras deberán realizar el prorrato del monto o saldos pendientes de devolución cuando éstos correspondan a abonados no identificados. Para tal efecto, el OSIPTEL, mediante comunicación o acto administrativo ordenará el prorrato correspondiente, el cual deberá ser destinado a los abonados del servicio afectado, conforme a los criterios o mecanismos que se establezcan en cada caso.

(Sin subrayado en el original)

Con lo cual, conforme lo indicado en el Informe N° 00316-GFS/2016, y a lo reconocido en el Informe final de instrucción, TELEFÓNICA cumplió con efectuar la devolución producto de la aplicación de una tarifa mayor a la tarifa tope aprobada por Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL y promocional en las llamadas fijo-móvil empleando tarjeta de pago 147 y Hola Perú, efectuándose las devoluciones de los importes afectados y el interés respectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40-A° del TUO de las Condiciones de Uso.

Una vez llegada a la conclusión anterior, corresponde verificar si resulta de aplicación en el presente caso el eximente de responsabilidad previsto en el artículo 255° del TUO de la LPAG, norma que establece lo siguiente:

**Artículo 255°.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones**

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253°.

(...)

De acuerdo a dicha norma, para considerar la existencia de un eximente de responsabilidad, se requiere la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado de la conducta infractora, y que tal subsanación voluntaria se produzca con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

En relación al término *subsanación*, caber referirse al pronunciamiento que sobre el particular ha efectuado el Consejo Directivo en la Resolución N° 005-2017-CD/OSIPTEL:

*“La Real Academia de la Lengua Española, señala que “subsana” significa reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño”<sup>(23)</sup>. La misma connotación se encuentra en los diccionarios jurídicos, respecto al término “Subsanable”, es aquello susceptible de convalidación, enmienda o arreglo. En este sentido, subsanación no debe ser entendida únicamente como una adecuación de la conducta a lo establecido en la norma, sino a la corrección de los efectos derivados de la conducta infractora.*

Cabe anotar que la subsanación voluntaria estaba considerada anteriormente como una causal atenuante de responsabilidad, respecto de la cual Juan Carlos Morón Urbina <sup>(24)</sup> señalaba lo siguiente:

*“La subsanación voluntaria y oportuna del infractor.- Subsana implica tener que reparar o remediar un defecto o resarcir un daño ocasionado, en este caso a la Administración o a un tercero. (...) No solo se trata de un pasivo arrepentimiento por el ilícito (...) sino procurar de manera espontánea la reparación del mal o daño causado. Para ser valiosa la subsanación debe ser realizada sin instigación de la autoridad y oportuna, esto es, en cualquier momento antes de la notificación de la imputación de cargos.*

*(...) en el variado campo de los ilícitos administrativos se podrá aplicar a ilícitos que son accesiones positivas y no solo omisiones, en cuyo caso la subsanación deberá contemplar no solo la regresión o la cesación de la acción indebida sino también el resarcimiento del daño ocasionado y la disminución o desaparición de las consecuencias de la infracción.”*

Cabe señalar como bien alega TELEFÓNICA, que en el presente caso se ha acreditado la devolución de los montos indebidamente cobrados; no obstante, en relación a ello, a través del Memorando N° 00106-GFS/2017 de fecha 24 de enero de 2017, la GSF ha señalado lo siguiente:

*Sobre el particular, le informamos que el monto afectado que corresponde devolver, incluido IGV e intereses (S/ 279.794,15), fue alcanzado en la llamada fijo – móvil, empleando tarjeta de pago 147 y Hola Perú, cursada el 10 de enero de 2016 a las 07:45:05 horas, con fecha posterior de iniciado el PAS correspondiente<sup>1</sup>.*

En atención a lo indicado, al haberse efectuado la devolución de la tarifa indebidamente pagada -el 10 de enero de 2016<sup>25</sup>- con posterioridad al inicio del PAS -el 05 de enero de 2016-, no cabría el análisis de la subsanación de la conducta como eximente de responsabilidad previsto en el artículo 255° del TUO de la LPAG.

<sup>23</sup> Subsana

1. tr. Disculpar o excusar un desacierto o delito.  
2. tr. Reparar o remediar un defecto.  
3. tr. Resarcir un daño

<sup>24</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica. Octava Edición Revisada Actualizada – 2009. Págs. 744 y 745.

<sup>25</sup> Como es posible apreciar, al 10 de enero de 2016, TELEFÓNICA cumplió con efectuar las devoluciones que correspondía devolver por un monto de S/ 279 794,15, por las tarifas indebidamente cobradas; siendo que (conforme se mencionada en el punto 1.4 del presente pronunciamiento) al 24 de enero de 2016, las devoluciones efectuadas por TELEFÓNICA superaron dicho monto llegando a S/. 361 712,443..

### 1.5 En cuanto a la adecuación a los criterios de graduación establecidos en el Decreto Legislativo N° 1272 (artículo 246° del TUO de la LPAG).

Señala TELEFÓNICA que ha sido notificada del Informe final de instrucción (Informe de análisis de descargos N° 00327-GFS/2016), en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 235° del Decreto Legislativo N° 1272, norma que modifica la LPAG (actual artículo 253° del TUO de la LPAG).

Al respecto, precisa dicha empresa operadora que tal Informe ha sido emitido con anterioridad a la vigencia del mencionado Decreto Legislativo, por lo cual, solicita que se adecúe a los criterios previstos por dicha norma, considerando la necesidad que exista un análisis válido, integral y fundado en Derecho de manera previa a la emisión de la resolución final de sanción, garantizándose una real diferencia entre quienes realizan la fase instructora y quienes deciden la aplicación de la sanción, así como el derecho al debido procedimiento considerando que los argumentos del mencionado Informe se sustentan en una norma no vigente.

En cuanto a lo señalado por TELEFÓNICA, cabe precisar las funciones que le conciernen tanto a la GSF como a la Gerencia General en el trámite de un procedimiento sancionador.

Así, resulta necesario referir que la GSF es únicamente el órgano supervisor e instructor del procedimiento sancionador, siendo el órgano resolutor en primera instancia, la Gerencia General; ello, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL<sup>26</sup> :

- **Gerencia de Fiscalización y Supervisión**

Artículo 40°.- Funciones

a. Desarrollar e implementar las acciones de monitoreo y prevención, destinadas a promover el cumplimiento de la normativa vigente.

b. Conducir el proceso de control y supervisión respecto del cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales a cargo de las empresas operadoras o de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL, a nivel nacional, para cuyo efecto podrá contar con el apoyo de otras Gerencias o Unidades Orgánicas, las mismas que pueden considerar acciones de supervisión preventivas.

(...)

d. Iniciar y conducir la etapa instructiva de procedimientos administrativos sancionadores.

- **Gerencia General**

Artículo 12°.- Funciones

(...)

l. Resolver en primera instancia los casos y controversias que le correspondan según las leyes y reglamentos.

En virtud de lo citado, se observa que la opinión recogida en el Informe final de instrucción no resulta vinculante para el órgano resolutor, toda vez que compete a la Gerencia General evaluar y determinar la comisión de la infracción, así como la imposición de la sanción que corresponda.

De esta manera, la evaluación a la que hace referencia TELEFÓNICA, la misma que está referida a los criterios para la imposición de la sanción, será efectuada por la Gerencia General al momento de graduar la misma; considerando que la publicación del Decreto Legislativo N° 1272 se efectuó el 21 de diciembre de 2016, cuando el PAS se encontraba en trámite ante esta Instancia, lo cual no vicia el procedimiento, resguardándose el derecho de Defensa y Debido Procedimiento que permitirá a la empresa operadora conocer el pronunciamiento debidamente motivado de la primera instancia, e impugnarlo ante las instancias correspondientes, de considerarlo necesario.

## 2. Determinación de la sanción.-

Atendiendo al concurso de infracciones según el análisis contenido en el numeral 1.2 anterior, la determinación de la sanción se realizará con respecto a las siguientes conductas:

**Tabla 10: Resumen aplicando concurso de infracciones**

<b>Ítem 8 del Anexo 1 – Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación al Reglamento de Tarifas, al aplicar una tarifa superior a la tarifa informada a los usuarios a través del SIRT</b>
<b>Código SIRT TPTF201300678 y TETF201400152</b>
Del 28 de octubre al 20 de febrero de 2014.
Del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015.
<b>Código SIRT TETF201400177</b>
Del periodo del 21 al 23 de febrero 2014.

Fuente: Elaboración PIA

Cabe señalar que a fin de determinar la graduación de las multas a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se debe tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF) aprobada mediante Ley N° 27336, así como el Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impone 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<sup>27</sup>.

Con relación a este principio, el artículo 246° del TUO 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; y que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios de graduación:

#### **i. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:**

Sobre el particular, en relación al beneficio indebido obtenido por la conducta infractora de TELEFÓNICA, se está plenamente acreditado que esta empresa aplicó una tarifa mayor a S/. 0,00295 (inc. IGV) por segundo, o una tarifa de mayor a S/. 0,00140 (inc. IGV) por segundo, empleando las tarjetas 147 y Hola Perú, y lo cual resultaba superior a las tarifas tope así como a las tarifas publicadas en el SIRT.

Conforme consta en el Expediente N° 00096-2015-GG-GFS (Expediente de verificación de devoluciones), así como lo expresado por la GSF en el Memorando N° 106-GFS/2017, el monto afectado que correspondía devolver, incluido IGV e intereses fue de S/. 279 794,15, el cual fue alcanzado en la llamada fijo – móvil, empleando tarjeta de pago 147 y Hola Perú, cursada el 10 de enero de 2016 a las 07:45:05 horas.

De otro lado, debe considerarse que existe un costo evitado por TELEFÓNICA por no haber implementado -en su oportunidad- las acciones de soporte técnico necesarias para poder advertir las fallas en la configuración de sus tarifas; situación que conforme lo referido por la empresa operadora en sus Descargos ha sido corregida mediante la implementación del sistema SIMSOFT.

#### **ii. Probabilidad de detección de la infracción:**

Se entenderá por probabilidad de detección a la probabilidad de que el infractor sea descubierto, asumiéndose de que la comisión de una infracción determinada sea detectada por la autoridad administrativa.

En el presente caso, la comisión de la infracción fue detectada por la GSF a través de acciones de supervisión realizadas con la finalidad de verificar el proceso de tasación y facturación de TELEFÓNICA, y en base a los requerimientos de información a dicha empresa operadora, en cuanto a la aplicación de tarifas empleando las tarjetas 147 y Hola Perú; obteniéndose información de primera fuente sobre el comportamiento de la empresa operadora.

#### **iii. Naturaleza y gravedad de la infracción, daño al interés público y/o bien jurídico protegido:**

TELEFÓNICA incurrió en las infracciones previstas en el numeral 8 del Anexo 1 del Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación al Reglamento de Tarifas, al aplicar tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública mediante el SIRT con códigos TPTF201300678, TETF201400152 y TPTF201400177; las cuales se encuentran tipificadas como infracciones muy graves.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en la LDFF, corresponde la aplicación de una multa de entre ciento cincuenta y uno (151) y trescientos cincuenta (350) UIT por la conducta constitutiva de las infracciones detectadas.

#### **iv. Perjuicio económico causado**

En el presente caso, está acreditado que los abonados de TELEFÓNICA que realizaron llamadas empleando las tarjetas 147 y Hola Perú pagaron una tarifa superior a la tarifa tope de S/. 0,00295 (inc. IGV) por segundo, aprobada por la Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL y a las tarifas publicadas en el SIRT con códigos SIRT TPTF201300678 y TETF201400152 entre el 28 de octubre y el 20 de febrero de 2014, y del 24 de febrero de 2014 al 15 de marzo de 2015; o una tarifa mayor a S/. 0,00140 (inc. IGV) por segundo superior a la tarifa publicada en el SIRT TETF201400177 del 21 al 23 de febrero de 2014; según lo indicado en la Tabla 10 precedente.

Según consta en el Expediente N° 00096-2015-GG-GFS (Expediente de verificación de devoluciones), así como lo expresado por la GSF en el Memorando N° 106-GFS/2017, el monto afectado que correspondía devolver, incluido IGV e intereses fue de S/. 279 794,15.

Conforme ha sido detallado en el punto 1.4 de la presente resolución, TELEFÓNICA efectuó devoluciones entre el 21 y el 23 de febrero de 2014, 05 de noviembre y el 02 de diciembre de 2015, y entre el 24 de diciembre de 2015 y el 24 de enero de 2016 hasta por un monto de S/. 361 712,443; alcanzando la totalidad del indicado monto afectado el 10 de enero de 2016.

#### **v. Reincidencia en la comisión de la infracción:**

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG.

<sup>27</sup> TUO de LPAG:

"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."

**vi. Circunstancias de la comisión de la infracción, comportamiento posterior del sancionado, atenuantes de responsabilidad:**

TELEFÓNICA ha manifestado que a partir del mes de diciembre de 2014, cuenta con una nueva plataforma denominada SYMSOFT, la cual posee un entorno gráfico para implementar los cambios de tarifa, así como una aplicación para probar los cambios de tarifas antes de su implementación asegurando un correcto cambio tarifario.

Asimismo, tal y como se ha indicado -de acuerdo al expediente de verificación de devoluciones N° 00096-2015-GG-GFS y Memorando N° 106-GFS/2017-, en el presente caso TELEFÓNICA efectuó la devolución de la totalidad del monto afectado (S/. 279 794,15) más los intereses respectivos el 10 de enero 2016, con posterioridad al inicio del PAS.

De otro lado, cabe referir que según se precisó en dicho Memorando, el monto de devolución alcanzado hasta el día previo de notificado el PAS fue de S/. 245 843.38.

**vii. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor**

En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción, sin embargo, conforme se ha desarrollado en el punto 1.3 del presente pronunciamiento, se apreció una actitud negligente, al operar al momento de la comisión de la infracción, con plataformas antiguas susceptibles de sufrir desperfectos.

**viii. Capacidad económica del sancionado**

La LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. Habida cuenta que los hechos que sustentan el PAS ocurrieron entre los años 2013-2015, corresponde tomar como referencia el año 2012.

En atención a los hechos acreditados, el Principio de Razonabilidad y los criterios establecidos en la LDFF, corresponde sancionar a TELEFÓNICA, por la infracción tipificada como muy grave en el numeral 8 del Anexo 1 del Régimen de Infracciones y Sanciones de la modificación al Reglamento de Tarifas, con una multa de ciento cincuenta y uno (151) UIT; sin perjuicio de considerar la responsabilidad por el incumplimiento configurado como infracción en el numeral 2 del indicado Anexo 1, para efectos de la aplicación de la reincidencia y demás responsabilidades que las leyes establezcan.

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 CINCUENTA Y UN (151) UIT, por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por haber aplicado tarifas mayores a las informadas o puestas a disposición pública mediante el SIRT con códigos TPTF201300678, TETF201400152 y TPTF201400177, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo 2°.-** Determinar la responsabilidad de TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. en cuanto a la infracción tipificada en el numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, al aplicar tarifas mayores a la tarifa tope fijada por el OSIPTEL mediante Resolución N° 138-2013-CD/OSIPTEL; a efectos de considerarse para la aplicación de la reincidencia y demás responsabilidades que las leyes establezcan.

**Artículo 3°.-** La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

**Artículo 4°.-** Notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., así como el Informe N° 00316-GFS/2016 y el Memorando N° 0106-GFS/2017<sup>28</sup>.

**Artículo 5°.-** Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme, y poner en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

ANA MARIA GRANDA BECERRA  
Gerente General

<sup>28</sup> De conformidad con el artículo 6° del TUO de la LPAG (antes artículo 6° de la LPAG, modificado por el Decreto Legislativo 1272):

**Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo**

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.(...)