

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 114-2014-GG/OSIPTEL**

Lima, 20 de febrero de 2014

EXPEDIENTE N°	:	00023-2013-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTO el Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (GFS) N° 830-GFS/2013, por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A. (AMÉRICA MÓVIL), por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 3° del Anexo 5 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (TUO de las Condiciones de Uso), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, al haber incumplido lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 7° de la referida norma.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. A través de la carta N° 192-GFS/2013, notificada con fecha 14 de febrero de 2013, la GFS requiere a AMÉRICA MÓVIL diversa información relacionada con el acceso al servicio especial facultativo a través del número *5454.
2. Con carta DMR/CE-M/N°206/13, recibida con fecha 25 de febrero de 2013, AMÉRICA MÓVIL alcanza la información requerida.
3. Mediante Informe de Supervisión N° 223-GFS/2013 (Informe de Supervisión), de fecha 13 de marzo de 2013, contenido en el expediente N° 00234-2012-GG-GFS, la GFS concluyó que AMÉRICA MÓVIL habría incumplido con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 7° del TUO de las Condiciones de Uso, vinculado a la obligación de garantizar que los usuarios sean informados, mediante una locución, cada vez que accedan al servicio de números de servicios especiales facultativos a través de comunicación por voz, y antes del inicio de su prestación y tasación, sobre la tarifa y tasación aplicable, así como la obligación de asumir el costo del tráfico de la llamada.
4. Mediante carta N° C.350-GFS/2013, notificada el 14 de marzo de 2013, la GFS comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un PAS, por la presunta comisión de la infracción administrativa tipificada como grave en el artículo 3° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso.
5. A través de la carta DMR/CE-M/N°493/13, recibida el 22 de abril de 2013, AMÉRICA MÓVIL remitió sus descargos.
6. Mediante carta N° 998-GFS/2013, notificada con fecha 26 de junio de 2013, la GFS solicita información adicional a AMÉRICA MÓVIL, a fin de contar con mayores elementos de juicio.

7. Con carta DMR/CE-M/N°891/13, recibida con fecha 5 de julio de 2013, AMÉRICA MÓVIL alcanza la información solicitada.
8. Con fecha 12 de setiembre de 2013, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 830-GFS/2013.

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 AMÉRICA MÓVIL al imputársele el incumplimiento de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 7° del TUO de las Condiciones de Uso, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo 7°.- Información adicional a ser proporcionada por la empresa operadora

“(…)

La empresa operadora que permita el acceso a su red mediante números de la Serie 808 o de números de servicios especiales facultativos a través de comunicaciones de voz, mensajes de texto o datos, deberá garantizar que los usuarios sean informados, cada vez que se acceda al servicio y antes del inicio de su prestación y tasación, sobre i) la tarifa y tasación aplicable, y ii) la obligación adicional de asumir el costo del tráfico de la llamada, de ser el caso. Dicha información deberá ser proporcionada mediante una locución, cuando se trate de comunicaciones de voz y, en cualquier otro caso, utilizando un medio idóneo.

(…)”

(Sin subrayado en el original)

De acuerdo a lo indicado en el Informe de Supervisión que sustenta el presente PAS, AMÉRICA MÓVIL habría incumplido lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 7° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que no brindaba - mediante una locución -, información sobre la tarifa y tasación aplicable, así como la obligación de asumir el costo de la llamada, cuando se accedía a su servicio interactivo *5454.

Al respecto, es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley N° 27444, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al

ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado⁽¹⁾, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

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

1. Análisis de los descargos

En su escrito de descargo, AMÉRICA MÓVIL cuestionó el PAS en los siguientes términos:

- i) El inicio del PAS no constituye una medida idónea ni razonable al haberse impuesto de manera previa una medida administrativa que corrigió la supuesta conducta infractora, afectándose los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
- ii) El servicio de valor añadido al que se accede mediante el número *5454 es prestado por la empresa Telemedia Perú S.A. (Telemedia), siendo dicha empresa la que fija la tarifa y ejecuta el cobro del servicio de las llamadas efectuadas por los usuarios.
- iii) No se habría configurado un incumplimiento respecto de la finalidad principal del artículo 7° del TUO de las Condiciones de Uso al emplear una formalidad distinta a la establecida normativamente (locución), pues se ha cumplido en todo momento (durante la emisión del programa en TV) con brindar información relevante, de manera previa y oportuna, sobre el uso del servicio, su cobro y demás condiciones de acceso.
- iv) Ningún consumidor razonable, con la diligencia ordinaria que se espera para sus decisiones de consumo, podría utilizar los servicios de la naturaleza del *5454, asumiendo que estos son gratuitos, lo cual se verifica al constatar una tendencia al alza en el número llamadas al producirse una disminución de la tarifa del servicio *5454.
- v) No resulta razonable que en más de seis (6) años de vigencia de la obligación que es objeto del presente PAS se pretenda sancionar a AMÉRICA MÓVIL por primera vez.
- vi) No está acreditado en el Informe de Supervisión una comprobada afectación (real y directa) a los usuarios del servicio *5454, por lo que debería archiversse el PAS.
- vii) El porcentaje de suscritos al servicio *5454 representa un porcentaje mínimo respecto de la base total de abonados de AMÉRICA MÓVIL, lo que evidencia que el inicio del PAS fue desproporcionado.

1.1 Sobre la imposición de la Medida Provisional y la supuesta afectación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad

AMÉRICA MÓVIL señala que el inicio del PAS no constituye una medida idónea ni razonable al haberse impuesto de manera previa una Medida Provisional por parte de la GFS, a efectos que en el plazo de 2 días hábiles se incluya en el servicio *5454, y antes del inicio de su prestación y tasación, una locución que informe sobre la tarifa y tasación aplicable a dicho servicio, así como la obligación del cliente de asumir el costo del tráfico de la llamada. Dicha Medida Provisional fue notificada el día 14 de marzo de 2013, el mismo día de notificación de la carta que dio inicio al presente PAS.

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

Señala AMÉRICA MÓVIL que la imposición de la Medida Provisional habría sido suficiente a efectos de suspender los hechos que ocasionarían una supuesta afectación a los usuarios y/o abonados del servicio *5454, motivo por el cual, al tener ambas como componente principal una misma situación, carecerían del factor de razonabilidad y proporcionalidad que la LPAG exige a todo acto de gravamen emitido por la autoridad administrativa, por lo que se ha producido un exceso de punición.

Agrega AMÉRICA MÓVIL que, pese a no estar de acuerdo, ha dado cumplimiento a la Medida Provisional, lo cual ha sido acreditado mediante comunicación DMR/CE-M/N°331/13, recibida con fecha 21 de marzo de 2013. A partir de ello, se aprecia que la imposición de esta medida habría sido suficiente para el cumplimiento de la finalidad dispuesta por el OSIPTEL, de modo que el inicio en paralelo de un PAS constituye un exceso de punición, al tratarse de un acto meramente punitivo, no idóneo ni razonable, lo cual vicia de nulidad el intento de sanción al contener un defecto relevante en la finalidad del acto, conforme lo señalado en el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG.

Sobre lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, corresponde distinguir entre el objetivo perseguido por una Medida Provisional y el inicio de un PAS. Conforme lo señala el numeral 1 del artículo 236°⁽²⁾ de la LPAG, las Medidas Provisionales tienen como objeto asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, siendo por lo tanto una medida transitoria que se adopta frente al riesgo derivado del tiempo que insume la tramitación del procedimiento, manteniendo una vinculación instrumental necesaria con la resolución posterior que concluirá el procedimiento⁽³⁾. Por otro lado, el PAS tiene como objetivo determinar fehacientemente la comisión de una infracción, a fin de instituir al infractor en una posición jurídica nueva y desfavorable, de verificarse que éste resulta responsable, persiguiendo un fin represivo ante la verificación de una infracción y disuasivo de conductas similares⁽⁴⁾.

Como se advierte, se trata de dos medidas con finalidades diferentes, por lo que su aplicación conjunta no constituye de ningún modo un exceso de punición que vicie el PAS, máxime cuando en el caso de la Medida Provisional, ésta carece del elemento represivo que caracteriza a la sanción. Del mismo modo, tampoco afecta el factor de razonabilidad y proporcionalidad del inicio PAS, ni otorga a la Medida Provisional el carácter de sanción anticipada el hecho que ambos procedimientos tengan “como componente principal una misma situación” o puedan poseer un contenido homogéneo⁽⁵⁾, pues se trata de una posibilidad prevista en la propia LPAG, debiendo compensarse cuando ello ocurra así, con la sanción a ser impuesta⁽⁶⁾.

² LPAG

Artículo 236.- Medidas de carácter provisional

236.1 La autoridad que instruye el procedimiento podrá disponer la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el Artículo 146 de esta Ley.

(...)

³ Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 9. Año 5. Pág. 143.

⁴ Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 151-154.

⁵ Cfr. PONS CANOVAS, Ferran. Las Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2001. Pág. 17-18.

⁶ LPAG

Artículo 236.- Medidas de carácter provisional

(...)

En el caso en particular, se advierte que la Medida Provisional dispuesta por la GFS (obligación de hacer consistente en la inclusión de una locución específica en el servicio de voz interactivo *5454) presenta un contenido y tiene una finalidad diferente respecto del inicio del PAS y de la sanción que podría imponerse a AMÉRICA MÓVIL de ser considerada responsable (multa de entre 51-150 UIT); por lo que no es posible afirmar que su aplicación conjunta o el cumplimiento de la primera⁽⁷⁾, vicie el inicio del presente PAS o haga dudar sobre la idoneidad y razonabilidad del mismo. Cabe recordar que la razonabilidad de la imposición de la Medida Provisional y su adecuación a las circunstancias del presente caso, ya ha sido materia de discusión en otro procedimiento⁽⁸⁾.

En ese sentido, aun cuando se haya verificado el cumplimiento de la Medida Provisional impuesta, no es posible afirmar que, en tal virtud, la imposición de esta medida hubiera sido suficiente para el cumplimiento de la finalidad dispuesta por el OSIPTEL, no solo porque ambas constituyen medidas que no pueden ser asimilables, sino además porque cada una se orienta al cumplimiento de finalidades disímiles. Cabe agregar que en el caso de la Medida Provisional, ésta se caracteriza por su carácter instrumental respecto de la resolución final que pudiera recaer en otro procedimiento, por lo que al ser accesoria de otro procedimiento principal, no es posible alegar que ésta hubiera bastado por sí sola, pues el comportamiento posterior del infractor, no constituye el único criterio para determinar el monto de la multa que garantice el logro de los objetivos perseguidos por la sanción.

Por lo señalado, quedan desvirtuados los argumentos alcanzados por AMÉRICA MÓVIL en relación a este extremo.

1.2 Sobre la prestación del servicio al que se accede mediante el número *5454 por parte de la empresa Telemedia

AMÉRICA MÓVIL indica que el servicio de valor añadido al que se accede mediante el número *5454 es prestado por una empresa diferente, en este caso, la empresa Telemedia, siendo que es ésta última empresa quien fija la tarifa y ejecuta el cobro del servicio de las llamadas efectuadas por los usuarios.

Sobre este punto, se debe dejar en claro que la obligación cuyo incumplimiento se imputa en el presente PAS es el no brindar mediante una locución, información sobre la tarifa y tasación aplicable, así como la obligación de asumir el costo de la llamada, al momento de acceder al servicio interactivo *5454. Conforme al texto contenido en el artículo 7° del TEO de las Condiciones de Uso, se ha establecido que la obligación de proporcionar la referida información, recae sobre la empresa operadora que permite el acceso a su red mediante números de la Serie 0800 o de números especiales facultativos a través de comunicaciones de voz, mensajes de texto o de datos, que en el caso en particular es AMÉRICA MÓVIL y no la empresa Telemedia.

En consecuencia, el hecho de que el servicio que se brinda llamando al número *5454 sea prestado por Telemedia y sea esta empresa quien fija la tarifa y ejecuta el cobro del servicio

236.3 El cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional que en su caso se adopten, se compensarán, en cuanto sea posible, con la sanción impuesta.

⁷ Verificado mediante Informe N° 1148-GFS/2013 (folios 139-145 del Expediente de Medida Provisional N° 00002-2013-GG-GFS/MP).

⁸ Expediente de Medida Provisional N° 00002-2013-GG-GFS/MP.

de las llamadas efectuadas a los usuarios, no desvirtúa el hecho que sea AMÉRICA MÓVIL la empresa operadora que permite el acceso a su red, en este caso, mediante llamadas al número de servicio especial facultativo *5454, por lo que la obligación de proporcionar la locución a los usuarios en los términos antes referidos recae sobre esta última empresa.

De la evaluación de las transcripciones que corresponden a las acciones de supervisión de fechas 27 y 28 de octubre y 4 de noviembre de 2012, así como 11 de febrero de 2013 y que han sido consideradas en la imputación efectuada en el presente PAS⁹, así como de las grabaciones que soportan los aludidos documentos, se advierte que el supervisor del OSIPTEL accedió al servicio interactivo *5454 y no fue debidamente informado por AMÉRICA MÓVIL, cada vez que se estableció la conexión al servicio (véase detalle en el Cuadro 1), mediante una locución, sobre: i) la tarifa y tasación aplicable, y ii) la obligación adicional de asumir el costo del tráfico de la llamada.

Fecha	Número	Llamadas con conexión establecida	Locución Completa	Se efectuó descuento del saldo
27.10.2012	980447521	5	NO	SI
28.10.2012	997354205	8	NO	SI
28.10.2012	99480554	3	NO	SI
04.11.2012	982361553	5	NO	SI
04.11.2012	982361553	5	NO	SI
11.02.2013	980447521	6	NO	SI
11.03.2013	993752555	1	NO	SI
Total de Llamadas con conexión		33		
Total de Llamadas con conexión consideradas en PAS		24		

Cuadro 1
Elaboración PIA
Fuente: Expediente de Supervisión

Habiéndose determinado que recae sobre AMÉRICA MÓVIL la obligación de garantizar el cumplimiento de la obligación contenida en el segundo párrafo del artículo 7º del TUO de las Condiciones de Uso, al no haberse verificado ello en las acciones de supervisión efectuadas por la GFS, se ha configurado el supuesto típico del artículo 3º del Anexo 5 del Régimen de Infracciones y Sanciones de la norma antes referida, quedando desvirtuados los descargos alcanzados en este extremo.

1.3 Sobre la finalidad principal del artículo 7º del TUO de las Condiciones de Uso y el empleo del estándar de consumidor razonable

AMÉRICA MÓVIL refiere que en las acciones de supervisión que sustentan el presente PAS no se habría configurado un incumplimiento respecto de la finalidad principal del artículo 7º del TUO de las Condiciones de Uso al emplear una formalidad distinta a la establecida

⁹ No han sido consideradas en el análisis efectuado en el Informe de Supervisión: tres (3) acciones de supervisión efectuadas el 28 de octubre de 2012 (fojas 34-36 del Expediente de Supervisión), una (1) acción de supervisión efectuada el 4 de noviembre de 2011 (fojas 37-39 del Expediente de Supervisión) foja 51 del Expediente de Supervisión) y una (1) acción de supervisión efectuada el 11 de marzo de 2013.

normativamente (locución); pues se ha cumplido en todo momento (durante la emisión del programa en TV) con brindar información relevante, de manera previa y oportuna, sobre el uso del servicio, su cobro y demás condiciones de acceso.

Agrega AMÉRICA MÓVIL, parafraseando la Exposición de Motivos de las Condiciones de Uso, que la inclusión del último párrafo al artículo 6° de dicha norma (hoy segundo párrafo del artículo 7° del TUO de las Condiciones de Uso), se sustentó en los diversos reclamos que venía recibiendo el OSIPTEL respecto de los servicios de valor añadido, los cuales se caracterizaban por la falta de información previa al usuario; todo lo cual difiere de lo ocurrido en el presente caso, donde se ha cumplido, en todo momento, con brindar información relevante de manera previa y oportuna, sobre el uso de los servicios brindados por Telemedia, informándose a los consumidores sobre el costo y otras condiciones.

Indica AMÉRICA MÓVIL que para acceder al concurso es necesario que el participante esté sintonizando la TV, a través del cual se brinda información, tales como detalles del concurso, los premios, el costo de la llamada, el número para acceder al servicio, etc., todo lo cual permitirá al consumidor, usando su “diligencia ordinaria”, decidir, libre y voluntariamente, acceder al mismo. Agrega la empresa que durante la difusión del programa se emiten, de manera constante, “textos legales”, a partir de los cuales un consumidor tendrá conocimiento del costo de la llamada y que el cobro se efectúa por evento, quedando descartada la afirmación del OSIPTEL de que este tipo de servicios se caracterizan por la falta de información previa del usuario y que se ha producido una grave afectación a los usuarios.

Sobre lo señalado, refiere AMÉRICA MÓVIL que el acceso al servicio a través del número *5454 requiere “interacción directa” entre el usuario y/o abonado, el programa concurso de TV y la llamada que se realiza a través de la red de la referida empresa, a partir de lo cual se concluye que cualquier “consumidor razonable” del servicio, si tiene conocimiento efectivo sobre las condiciones de acceso al concurso en cuestión, de modo que éste cuenta con la posibilidad de tomar, libre y voluntariamente, la decisión de participar o no las veces que desee en el mismo.

Sobre el particular, es preciso diferenciar entre la información que es brindada al participante del programa concurso en la TV, de aquella que debe ser proporcionada a los usuarios cada vez que se accede al servicio en cuestión a través del número *5454. Efectivamente, si bien durante la emisión del programa concurso en la TV, se brinda una serie de información al participante, tal y como se advierte en los actuados alcanzados del presente PAS; ello no enerva que AMÉRICA MÓVIL se encuentre obligada a dar cumplimiento a la obligación regulatoria dispuesta en el segundo párrafo del artículo 7° del TUO de las Condiciones de Uso.

Al respecto, debe diferenciarse entre “información relevante” -en el ámbito de la normativa de protección al consumidor-, de una disposición regulatoria cuyo cumplimiento debe ser acatado por la empresa operadora, con independencia que ésta contenga o no deberes específicos de provisión de información, como es el caso del artículo 7° antes referido. No se trata, en consecuencia, de información que el usuario “espera recibir” y cuya relevancia deba ser analizada caso a caso en función de lo que normalmente esperaríamos recibir un consumidor razonable; sino de información que el usuario “debe recibir” en cumplimiento de una disposición normativa cuya inobservancia solo puede sustentarse en una causa fuera del control del obligado, lo cual no ha sido acreditado por AMÉRICA MÓVIL.

Cabe agregar que, no obstante el tiempo transcurrido, se mantiene invariable el sustento de la incorporación de la obligación que se analiza en el presente PAS, el cual es prevenir la aparición de reclamos por montos derivados de la prestación de servicios brindados mediante el empleo de números calificados como servicios especiales facultativos, como es el número *5454. En el caso en particular, se advierte que las acciones de supervisión que fundamentan el presente PAS tienen su origen en un incremento de la cantidad de expedientes de apelación donde los usuarios cuestionan la facturación de consumos al servicio de voz interactivo *5454, conforme lo informado por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) mediante Nota N°030-2012/TRASU⁽¹⁰⁾, la cual a su vez, forma parte de los antecedentes del Plan de Supervisión⁽¹¹⁾.

La regulación bajo análisis adquiere mayor relevancia cuando se advierte que para la contratación de este tipo de servicios, basta la marcación al número *5454 desde cualquier terminal móvil, de modo que ello puede ser efectuado por cualquier usuario, incluso sin conocimiento del titular que deberá asumir el pago. El problema se agrava aún más cuando el usuario desconoce el detalle de los costos que ocasionará su accionar (cómo se tarifica, de qué manera se tasaré la llamada), no obstante lo cual, está al corriente que, de presentarse alguno, será el titular del servicio quien los asumirá⁽¹²⁾. Para contrarrestar esta incidencia, la regulación del artículo 7° del TULO de las Condiciones de Uso ha establecido que deberá proporcionarse al usuario de estos servicios, cada vez que accede al mismo, con información sobre la tarifa y tasación aplicable, quedando desvirtuado lo expresado por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

1.4 Sobre el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la obligación que es materia del presente PAS

Señala AMÉRICA MÓVIL que la obligación de la locución informativa sobre las condiciones de acceso de servicios por medio de números de servicios especiales facultativos se encuentra vigente desde el año 2006, por lo que no resulta razonable que en más de seis (6) años de vigencia de la referida obligación se pretenda sancionarla por primera vez, argumentando que dicha empresa operadora no brinda a los usuarios información adecuada de manera previa al acceso al referido servicio.

Sobre lo señalado por AMÉRICA MÓVIL se debe indicar que, efectivamente, la disposición regulatoria que es materia del presente PAS, fue incorporada al texto original de las Condiciones de Uso mediante Resolución de Consejo Directivo N° 084-2006-CD/OSIPTEL, la misma que se encuentra vigente desde el 01 de abril de 2007. Así, contrariamente a lo señalado por la empresa operadora, no resulta propio pretender exonerarse de su cumplimiento alegando que es la primera vez que se pretende sancionarla, máxime cuando es de su conocimiento que las normas son de obligatorio cumplimiento desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, con independencia de la oportunidad en que éstas sean supervisadas y/o sancionadas por el OSIPTEL.

¹⁰ Folio 3 del Expediente de Supervisión.

¹¹ Folio 1 del Expediente de Supervisión.

¹² Se conoce como problema del principal-agente y se presenta cuando un actor económico depende de la acción de otro, siendo éste primero quien soporta los costos de las decisiones asumidas por el segundo. Cuando el usuario no es el titular del servicio, éste carece de incentivos suficientes para ser diligente en el consumo del aquél, debido a que no es el sujeto obligado a su pago.

Cabe agregar que, en su oportunidad, la propia Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 084-2006-CD/OSIPTEL, se refirió de manera expresa a los alcances de esta obligación, sin considerar ningún supuesto de excepción, como se muestra a continuación:

Por otra parte, debido a los reiterados reclamos que OSIPTEL ha venido conociendo respecto a los servicios de valor añadido que son prestados por las empresas operadoras móviles a través de la utilización de números calificados como servicios especiales facultativos (los cuales en su mayoría se caracterizan por la falta de información previa al usuario sobre los mismos), y con la finalidad de garantizar una adecuada protección al usuario de estos servicios, se ha considerado pertinente modificar lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 6º de las Condiciones de Uso, estableciéndose que las empresas operadoras se encuentran obligadas a garantizar que los usuarios sean informados en cada oportunidad que accedan al servicio y con anterioridad al inicio de la prestación y tasación del mismo, acerca de: (i) la tarifa y tasación aplicable, y (ii) la obligación adicional de asumir el costo del tráfico de la llamada, de ser el caso.

La citada información deberá ser brindada al usuario mediante una locución en caso el servicio sea prestado a través de comunicaciones de voz, y cuando el servicio sea prestado por medio de mensajes de texto o datos, a través de cualquier medio idóneo que permita al usuario tomar conocimiento de aquello.

(Sin subrayado en el original)

Como se puede observar, no solo en el dispositivo bajo análisis, sino también en lo señalado en la Exposición de Motivos de la misma, se verifica que la regulación contenida en el TEO de las Condiciones de Uso ha establecido una obligación expresa e inequívoca que debe ser cumplida por las empresas operadoras que se encuentren dentro del supuesto de la norma, como es el caso de AMÉRICA MÓVIL, sin que resulte admisible crear un supuesto de excepción donde la regulación no lo establece de modo expreso, quedando desvirtuadas las alegaciones de la empresa en relación a este extremo.

1.5 Sobre la falta de acreditación de una afectación real y directa a los usuarios del servicio *5454

Refiere AMÉRICA MÓVIL que en el Informe de Supervisión, que constituye el sustento del presente PAS, no está acreditada una afectación (real y directa) a los usuarios del servicio *5454, por lo que debería procederse al archivo del presente PAS.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la existencia de daño y/o comprobación de una afectación real y directa a los usuarios, no es un criterio para determinar responsabilidad por la comisión de una infracción, sino un elemento a ser tenido en consideración por la autoridad administrativa para la graduación de la sanción a ser aplicable una vez determinada la responsabilidad aplicable, conforme lo dispone el numeral 3 del artículo 230^{o(13)} de la LPAG.

¹³ LPAG

Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, debe indicarse que, aun cuando no resulte posible efectuar una cuantificación exacta de los usuarios afectados como consecuencia del incumplimiento de la obligación que es objeto del presente PAS, ello no significa de modo alguno que dicha afectación no haya existido; máxime cuando se tiene en consideración que, como lo ha señalado la propia AMÉRICA MÓVIL mediante comunicación DMR/CE-M/N°891/13⁽¹⁴⁾ los usuarios que expresaron alguna disconformidad por tales conceptos no pueden ser identificados, debido a que sus sistemas solo registran los reclamos en función a la tipificación establecida en la Directiva de Reclamos

A ello debe añadirse lo expresado por el TRASU mediante Nota N° 030-2012/TRASU, en cuya oportunidad, el referido órgano resolutorio puso en conocimiento de la GFS la existencia de un incremento de la cantidad de expedientes de apelación donde los usuarios venían cuestionando la facturación de consumos al servicio de voz interactivo *5454. Por lo señalado, quedan desvirtuados los argumentos expresados por la empresa en este extremo.

1.6 Sobre el porcentaje de suscriptores del servicio *5454 respecto del total de abonados de AMÉRICA MÓVIL

Refiere AMÉRICA MÓVIL que el porcentaje total de suscritos al servicio *5454 frente al total de abonados con que cuenta (sobre una base aproximada de 12'000,000 de abonados) representa el 0.014% de dicha base, lo cual evidenciaría que el inicio del PAS y la imposición de la Medida Provisional impuesta, resulta desproporcionada frente a los reales efectos que el incumplimiento que se le atribuye ocasionaría en el mercado de consumidores del servicio *5454.

Señala AMÉRICA MÓVIL que no es correcto lo afirmado en el Informe de Supervisión respecto a la grave afectación que podría significar para los usuarios y/o abonados, el hecho que no se brinde información sobre el costo del servicio *5454, previamente al acceso al mismo, lo cual podría alterar las decisiones de consumo adoptadas de haber contado con la referida información. Sustenta lo expresado en el número de llamadas promedio cobradas por mes que se han realizado al programa concurso entre enero y marzo de 2013, la cual muestra una tendencia al incremento derivada de la disminución de la tarifa inicial de acceso, lo cual demuestra que las decisiones de consumo adoptadas responden a la información propagada durante la emisión del programa en la TV.

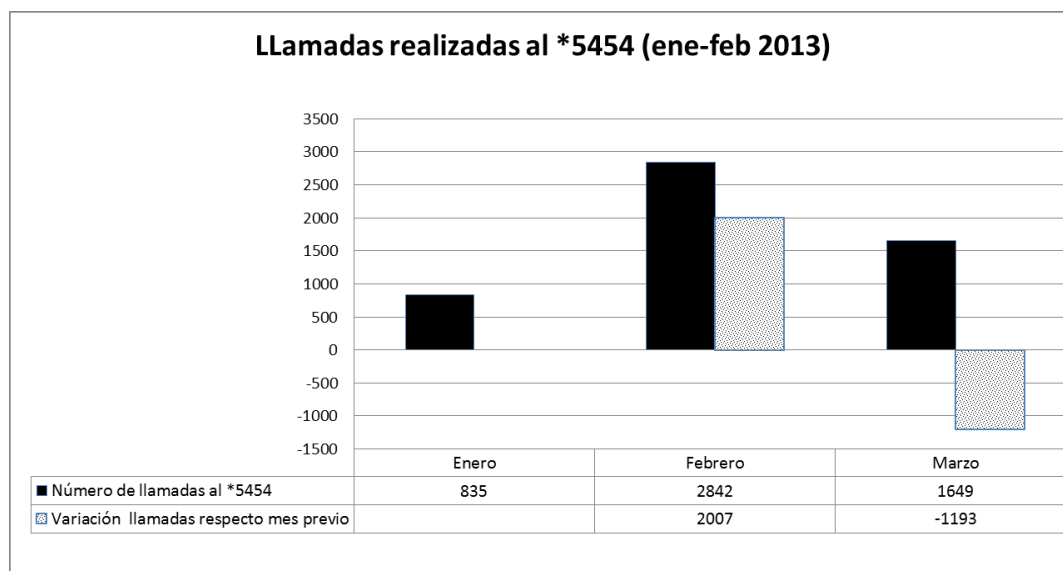
Al respecto, resulta innegable el hecho que el porcentaje de suscritos al servicio *5454 es manifiestamente inferior a la base de abonados con que cuenta AMÉRICA MÓVIL. No obstante, lo señalado no desvirtúa los reales efectos que el incumplimiento que se atribuye a AMÉRICA MÓVIL sobre los abonados titulares de dichos servicios, quienes vieron incrementada su facturación. A ello se debe añadir, como se ha indicado antes, los casos de abonados que, por diversos motivos, no reclamaron los montos facturados o que habiéndolos reclamado, no impugnaron el resultado desfavorable obtenido.

-
- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
 - b) El perjuicio económico causado;
 - c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
 - d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
 - e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
 - f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor." (...))

¹⁴ Comunicación DMR/CE-M/N°891/13 (folio 43 del Expediente PAS).

Sobre la base de lo señalado, no es posible afirmar que no existió una afectación en el presente caso, pues el impacto de dicho incremento respecto de cada abonado es variado y depende de la confluencia de diversos factores, tales como su nivel de ingresos, el periodo en que ello ocurrió, el grado de información con que se cuente respecto del procedimiento de reclamos, el costo de oportunidad que dicha posibilidad involucra, entre otros. Lo señalado adquiere mayor relevancia cuando se tiene en cuenta que, conforme a lo indicado por AMÉRICA MÓVIL⁽¹⁵⁾, el servicio en cuestión se ha venido prestando desde el 15 de junio de 2012, lo cual, aunado al hecho que no resulta posible a la empresa operadora identificar la base de afectados, hace inviable cualquier medida de restablecimiento de la situación alterada, de modo que cualquier compensación otorgada será siempre inferior a la óptima.

Cabe agregar que, si bien de acuerdo a lo informado por AMÉRICA MÓVIL, se aprecia una tendencia al incremento del número de llamadas al número *5454 tomando como base el mes de enero de 2013 (835 llamadas en enero, 2,342 llamadas en febrero y 1,649 en marzo de 2013), no es posible afirmar de modo categórico que dicho efecto es consecuencia directa de la disminución de la tarifa inicial de acceso acaecida en febrero y propagada en la emisión del programa en la TV; máxime cuando se tiene en consideración que con fecha 18 de marzo de 2013, AMÉRICA MÓVIL dio cumplimiento a la Medida Provisional impuesta por el OSIPTEL, proporcionando la locución en los términos establecidos en el TUDO de las Condiciones de Uso, siendo que precisamente en el mes de marzo se aprecia una disminución de mil ciento noventa y tres (1,993) llamadas, que representan una variación porcentual de cuarenta y uno por ciento (41.98%) a la baja respecto del mes anterior (véase cuadro 2).



¹⁵ Folio 43 del Expediente PAS.

En consecuencia, contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, de la información proporcionada por ésta en sus descargos es posible inferir que la provisión de la locución en los términos establecidos en el segundo párrafo del artículo 7° del TUO de las Condiciones de Uso, si ha tenido un impacto significativo en la cantidad de llamadas efectuadas al número *5454 durante el mes de marzo de 2013, cuyo número se ha visto disminuido respecto del mes de febrero anterior (en el que no se brindaba la locución antes referida), en cuarenta y uno por ciento (41.98%), de modo que quedan desvirtuados los descargos de la empresa en este extremo.

1.7 De la supuesta contravención del Principio de Razonabilidad

AMÉRICA MÓVIL, señala que la decisión de sancionarla contravendría el Principio de Razonabilidad, tomando en consideración que se cumplió con la finalidad normativa del segundo párrafo del artículo 7° del TUO de las Condiciones de Uso.

Sobre el particular, a efectos de determinar cuál sería la medida pertinente que corresponde ser adoptada, es necesario que la decisión que se adopte cumpla con los parámetros del test de razonabilidad, lo que conlleva la observancia de sus tres dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.

Respecto al juicio de adecuación, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado. En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que de imponerse la sanción, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones.

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

Al respecto, teniendo en consideración que la finalidad de la sanción es además de represiva, disuasiva, debe destacarse las singularidades que rodean la comisión de la infracción en el caso en particular, pues como ha sido expresado por la propia empresa operadora no le resulta posible identificar los reclamos recibidos por concepto de facturación, cobro del servicio y calidad e idoneidad del servicio *5454, debido a que sus sistemas no registran los reclamos con ese nivel de desagregación. Ello como es evidente, genera que cualquier otra medida de restablecimiento de legalidad diferente al PAS no termine siendo suficientemente disuasiva además de resultar infra-compensatoria, de modo que la sanción resulta el mecanismo idóneo.

En el presente caso, se ha evaluado la posibilidad de imponer una sanción de multa fijada entre cincuenta y uno (51) UIT y ciento cincuenta (150) UIT, en virtud del rango que para las infracciones graves se prevé en el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), concluyéndose que la sanción era el único medio viable para, en el presente caso, disuadir a AMÉRICA MÓVIL y a cualquier otra empresa

operadora que, en lo sucesivo evite incurrir en infracciones relacionadas al segundo párrafo del artículo 7º del TUO de las Condiciones de Uso, por tanto se cumple la dimensión del test de razonabilidad en lo que atañe al juicio de necesidad.

Por último, en virtud al juicio de proporcionalidad, se busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, lo cual se cumple y analiza más adelante en el acápite de determinación de la sanción.

2. Determinación de la sanción

A fin de determinar la graduación de la multa a imponer por la infracción administrativa evidenciada, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30º de LDFF, así como el Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando imponen sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁽¹⁶⁾.

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

Así, se procede al siguiente análisis:

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

De conformidad con lo señalado por el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, incurrirá en infracción grave, la empresa operadora que no cumpla con informar a los usuarios por medio de una locución, cada vez que accedan al servicio de voz interactivo *5454, y antes del inicio de su prestación y tasación, sobre la tarifa y tasación aplicable; así como su obligación de asumir el costo del tráfico de la llamada, de ser el caso.

En el presente caso, AMÉRICA MÓVIL no cumplió con brindar la información exigida por el segundo párrafo del artículo 7º del TUO de las Condiciones de Uso, a los usuarios que accedieron al servicio de voz interactivo *5454.

En consecuencia, la citada empresa incurrió en la infracción tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por lo que, de conformidad con la

¹⁶ 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.

escala de multas establecida en la LDFF, corresponde la imposición de una multa entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT.

(ii) Magnitud del daño causado, perjuicio económico:

Si bien en casos como el presente no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, ni cuantificar el perjuicio económico, es innegable que existió un perjuicio para los abonados y/o usuarios que –como los funcionarios que actuaron como tales en las acciones de supervisión– en su momento no recibieron información correcta por parte de AMÉRICA MÓVIL sobre la tarifa para acceder al servicio *5454, lo cual no les permitió contar con la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada, más aún si se tiene en cuenta que se trata de un número vinculado a un programa concurso de difusión masiva transmitido por canales de televisión de señal abierta.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que este incumplimiento conllevó a una facturación de consumo de servicio de voz interactivo *5454 en perjuicio de los usuarios y/o abonados, por lo que correspondería las devoluciones del cobro realizado, derivados del incumplimiento del segundo párrafo del artículo 7º del TUO de las Condiciones de Uso.

No obstante, conforme a lo señalado por la empresa operadora, no le resulta posible identificar la cantidad real de abonados que presentaron reclamos por tal motivo, por lo que dicha proporción del daño se constituye en una parte del beneficio ilícito obtenido por AMÉRICA MÓVIL derivado de la comisión de la infracción cuya responsabilidad se le atribuye, el mismo que no podrá ser revertido a favor de los afectados o el mercado.

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

En el presente caso, se advierte que la comisión de la infracción se produjo de manera continua, dado que en las cuatro (04) acciones de supervisión consideradas en el presente PAS, efectuadas los días 27 y 28 de octubre y 4 de noviembre de 2012, así como 11 de febrero de 2013, cuya transcripción obra en el Expediente de Supervisión, se verificó que en veinte y cuatro (24) oportunidades en que se estableció la conexión de la llamada, AMÉRICA MÓVIL, no brindó a través de la locución información sobre: i) la tarifa o tasación aplicable y ii) la obligación adicional de asumir el costo del tráfico de la llamada.

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

En el presente caso se advierte que AMÉRICA MÓVIL no tuvo una conducta diligente, que de haber existido, habría evitado de alguna manera el resultado producido, máxime cuando la inclusión de dicha locución en sus sistemas, dependía de la referida empresa.

Sin perjuicio de lo señalado, es preciso señalar que mediante carta DMR/CE-M/N°331/13, recibida el 21 de marzo de 2013, la propia empresa operadora incorporó en la locución en la que informa sobre la tarifa y tasación aplicable, desde el 18 de marzo del 2013; hecho que fue verificado con la acción de supervisión de fecha 27 de octubre de 2013.

No obstante lo anterior, debe destacarse que la adecuación de AMÉRICA MÓVIL a lo establecido en el TUO de las Condiciones de Uso no ha sido efectuada de modo espontáneo, sino como consecuencia de una orden emitida por el OSIPTEL en el marco de la Medida Provisional impuesta mediante Resolución de Medida de Carácter Provisional N° 002-2013-GFS/OSIPTEL, de fecha 13 de marzo de 2013, no habiéndose producido en ninguna de sus etapas un auto reporte o reconocimiento de responsabilidad por la infracción incurrida.

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

No existen elementos objetivos para cuantificar el beneficio obtenido por AMÉRICA MÓVIL en el presente caso; no obstante, debe indicarse que éste se encuentra representado por los montos cobrados por dicha empresa como consecuencia de no informar a los usuarios, a través de una locución, las tarifas de acceso al *5454, los mismos que no pueden ser identificados en su totalidad como ha expresado la propia empresa operadora; a lo que debe agregarse el costo evitado de todas aquellas actividades que debió realizar dicha empresa a fin de dar cumplimiento a lo establecido por el TUO de las Condiciones de Uso.

(vi) Intencionalidad en la comisión de la infracción:

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

(vii) Capacidad económica:

La LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En el presente caso, el incumplimiento que dio lugar al inicio del presente PAS se advirtió en el año 2012, en tal sentido, la multa a imponerse a la empresa AMÉRICA MÓVIL no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2011.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF y al Principio de Razonabilidad, corresponde sancionar a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., con una multa de CINCUENTA Y UNO (51) UIT, por la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 3° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del segundo párrafo del artículo 7° de la misma norma.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., con una multa de CINCUENTA Y UNO (51) UIT por la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 3º del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, al haber incumplido con las obligaciones establecidas en el segundo párrafo del artículo 7º de la misma norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2º.- DISPONER que la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. proceda a efectuar las devoluciones a que hubiera lugar, derivado de la infracción establecida en el segundo párrafo del artículo 7º del TUO de las Condiciones de Uso, conforme a las consideraciones contenidas en la presente resolución, dejándose a salvo la determinación que sobre estos conceptos pudiera efectuar la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL, en el marco de su competencia.

Artículo 3º.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL la supervisión de las devoluciones a que hubieran lugar, como consecuencia del incumplimiento de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 7º del TUO de las Condiciones de Uso, una vez que la presente resolución quede firme.

Artículo 4º.- La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días computados a partir del día siguiente de notificada la sanción, obtendrá el beneficio de pago reducido del treinta y cinco por ciento (35%) de su monto total, siempre que no sea impugnada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18º del actual Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 5º.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 6º.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión coordinar con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme, y poner en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Gerente General