

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 115-2014-GG/OSIPTEL**

Lima, 20 de febrero de 2014

EXPEDIENTE N°	:	00024-2013-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTO:

El Recurso de Reconsideración presentado por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (AMÉRICA MÓVIL) con fecha 09 de enero de 2014, contra la Resolución de Gerencia General N° 1012-2013-GG/OSIPTEL;

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Informe de Supervisión N° 235-GFS/2013 (Informe de Supervisión), de fecha 15 de marzo de 2013, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (en adelante GFS) , emitió el resultado de la verificación del correcto funcionamiento y aplicación de tarifas de la Tarjeta Prepago 1533 (Tarjeta 1533) de AMÉRICA MÓVIL, durante el periodo comprendido entre el 25 de febrero al 20 de abril de 2011; seguida en el expediente N° 00070-2011-GG-GFS (en adelante Expediente de Supervisión), cuya conclusión fue la siguiente:

(...).

IV. CONCLUSIONES

En relación a la obligación de comunicar tarifas al OSIPTEL y ponerlas a disposición pública, la empresa América Móvil Perú S.A.C (ex Telmex Perú S.A.) habría incumplido con comunicar y hacer pública las tarifas que ha venido aplicando en los siguientes grupos de llamadas con respecto a:

- 1) *La información registrada en el SIRT TETF201000113, con fecha de inicio 01/10/2010:*
 - *Llamadas Fijo Local (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos móviles*
 - *Llamadas Fijo LDN (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos móviles*
 - *Llamadas TUP LDN (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos móviles*
- 2)- *La información registrada en el SIRT TETF201000113, con fecha de inicio 01/03/2011:*
 - *Llamadas TUP Local (Red de Otros operadores) hacia destinos fijos*
 - *Llamadas Fijo Local (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos móviles*
 - *Llamadas TUP Local (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos móviles*
 - *Llamadas Fijo Local (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos rurales*
 - *Llamadas TUP Local (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos rurales*
 - *Llamadas TUP LDN (Red de Otros operadores) hacia destinos fijos*

- Llamadas Fijo LDN (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos fijos
- Llamadas Fijo LDN (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos móviles
- Llamadas TUP LDN (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos móviles
- Llamadas Fijo LDN (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos rurales
- Llamadas TUP LDN (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos rurales
- Llamadas Fijo LDI (Otros operadores) hacia destinos USA y Canadá (Fijo y Móvil)
- Llamadas TUP LDI (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos USA y Canadá (Fijo y Móvil)
- Llamadas Fijo LDI (Otros operadores) hacia México (Fijo)
- Llamadas TUP LDI (Red de Telmex y Otros operadores) hacia México (Fijo)
- Llamadas Fijo LDI (Red de Telmex y Otros operadores) hacia México (Móvil)
- Llamadas TUP LDI (Red de Telmex y Otros operadores) hacia México (Móvil)
- Llamadas Fijo LDI (Red de Otros operadores) hacia destinos como: Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Venezuela, España, Italia, Alemania, Francia, Reino Unido y Japón (fijo)
- Llamadas TUP LDI (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos como: Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Venezuela, España, Italia, Alemania, Francia, Reino Unido y Japón (fijo)
- Llamadas Fijo LDI (Red de Telmex y de Otros operadores) hacia destinos como: Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Venezuela, España, Italia, Alemania, Francia, Reino Unido y Japón (móvil)
- Llamadas TUP LDI (Red de Telmex y Otros operadores) hacia destinos como: Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Venezuela, España, Italia, Alemania, Francia, Reino Unido y Japón (móvil)
- Llamadas Fijo LDI (Red de Telmex y de Otros operadores) hacia destinos del Resto del Mundo (fijo y móvil) y no frecuentes.
- Llamadas TUP LDI (Red de Telmex y Otros operadores) hacia del Resto del Mundo (fijo y móvil) y no frecuentes.

Los hechos señalados se constituirán en un incumplimiento a lo establecido en el **artículo 11° del Reglamento General de Tarifas**

De otro lado se pudo evidenciar que en cinco (5) llamadas realizadas a través de la Tarjeta 1533, los días 3 y 4 de marzo de 2011, la empresa América Móvil Perú S.A.C (ex Telmex Perú S.A.) estaría aplicando tarifas mayores a las publicadas en el SIRT N° TETF201000113, incumpliendo con lo establecido en el **Artículo 43° (literal ii, segundo párrafo) del Reglamento General de Tarifas**.

Ambos incumplimientos constituyen infracciones graves; y, corresponde iniciar un **procedimiento administrativo sancionador** al respecto.
(...)"

2. Mediante carta N° C.367-GFS/2013, notificada con fecha 19 de marzo de 2013, la GFS comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador PAS por las presuntas comisiones de las infracciones tipificadas en el

artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, aprobado con Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL (en adelante RGT), al haber incumplido lo dispuesto por:

- (i) El artículo 11° del RGT, al haberse verificado que aplicó tarifas que no habrían sido registradas en el Sistema de Información de Tarifas del OSIPTEL - SIRT, a más tardar el día de entrada en vigencia de cada tarifa, en efecto, en atención a las acciones de supervisión realizadas, mediante carta C.155-DJR/2011, en que la empresa operadora comunicó al OSIPTEL las tarifas aplicables para la “*Tarjeta 1533*”, las mismas que modificaban las tarifas que habían sido registradas previamente en el SIRT.
 - (ii) El segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del RGT, debido a que estaría aplicando tarifas mayores a las publicadas a través del SIRT N° TETF201000113.
3. Mediante Carta N° C.DMR/CE-F/N° 515/13, recibida el 25 de abril de 2013, AMÉRICA MÓVIL remitió sus descargos.
4. Con Resolución de Gerencia General N° 1012-2013-GG/OSIPTEL, notificada con fecha 13 de diciembre de 2013, se resolvió lo siguiente:

*“Artículo 1°.- **MULTAR** a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con cincuenta y un (51) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 11° de dicho dispositivo; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.*

*Artículo 2°.- **MULTAR** a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con cincuenta y un (51) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.*

(...)”

5. Mediante escrito de fecha 09 de enero de 2014, AMÉRICA MÓVIL interpone recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 1012-2013-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

1. El artículo 208° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) establece lo siguiente:

“Artículo 208°.- Recurso de Reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación”. (subrayado es nuestro)

2. AMÉRICA MÓVIL interpone recurso de reconsideración dentro de los plazos legales, adjuntando en calidad de nueva prueba: (i) un CD conteniendo una llamada de prueba realizada por funcionario de la GFS (Prueba N° 01), (ii) Una copia de la comunicación C.183-GG.GPRC.GFS.GPSU/2011 de fecha 24 de febrero de 2011 (Prueba N° 02) y (iii) Copia de la carta C. C.109-DJR/2011 de fecha 03 de marzo de 2011 (Prueba N° 03).
3. Al respecto, considera que esta instancia debe revocar la Resolución de Gerencia General N° 1012-2013-GG/OSIPTEL, teniendo en consideración los siguientes fundamentos:
 - i. La resolución impugnada ha otorgado validez a las actas de supervisión de fecha 03, 04 y 10 de marzo de 2011 así como las del 19 y 20 de abril 2011, no obstante que las mismas carecen de las formalidades establecidas en el artículo 19° del Reglamento de Supervisión y las acciones de supervisión fueron realizadas por personal que carece de competencia para realizarlas. (Prueba N° 01).
 - ii. La multa de 51 UIT impuesta por el incumplimiento del artículo 11° del RGT, vulnera el Principio de Razonabilidad, en tanto que resulta excesiva frente a la real afectación al mercado, al haberse cobrado tarifas menores a las que realmente correspondía, correspondiendo aplicar una medida menos gravosa, como la amonestación.
 - iii. La multa impuesta de 51 UIT por el incumplimiento del segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del RGT, resulta sumamente gravosa, teniendo en cuenta que dicho incumplimiento se produjo como consecuencia directa de una disposición estatal en materia tributaria de carácter general que afectó a diversos agentes económicos del país. (Prueba N° 02 y 03)
4. De conformidad con lo señalado en el artículo 208° de la LPAG, la interposición del recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba, es decir, es el recurso que puede interponer el administrado ante la misma autoridad emisora de una decisión controvertida, a fin de que evalúe la nueva prueba aportada, y por acto de contrario imperio, proceda a modificarlo o revocarlo. Asimismo, se debe tener en cuenta que la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración está referida a la presentación de un nuevo medio probatorio, que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos materia de controversia¹.
5. Sobre la procedencia de un recurso de reconsideración, MORÓN URBINA² señala lo siguiente:

Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración. Esto nos conduce a la exigencia de la nueva prueba que debe

¹ MORÓN Urbina, Juan Carlos. Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Octava Edición. Diciembre, 2009. Páginas 612 y 614.

² MORÓN URBINA, Juan Carlos "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, Novena Edición, Lima, 2011, Pág. 620.

aportar el recurrente, y ya no solo la prueba instrumental que delimitaba la norma anterior. Ahora cabe cualquier medio probatorio habilitado en el procedimiento. Pero a condición que sean nuevos, esto es, no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, (...)(el subrayado es nuestro)

6. De acuerdo a ello, considerando que conforme lo dispone la LPAG, el recurso de reconsideración exige la presentación de nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado, y que la impugnación cuyo sustento sea una diferente interpretación de las pruebas o cuestiones de puro derecho corresponde a un recurso de apelación, esta instancia emitirá únicamente pronunciamiento sobre aquellos argumentos sobre los cuales se respalden las nuevas pruebas que sustentaría su recurso de reconsideración.
7. Es así que, no resulta pertinente para la evaluación del presente recurso de reconsideración, el pronunciamiento respecto de los argumentos planteados en el numeral ii.; a través del cual AMÉRICA MÓVIL reitera los fundamentos expuestos en sus descargos y que fueron materia de análisis al emitirse la resolución impugnada, y en los cuales se concluyó el incumplimiento de lo establecido en el artículo 11° del RGT; y respecto del cual no se advierte documentación alguna – nueva prueba –que justifique la revisión del análisis ya efectuado mediante la Resolución de Gerencia General N° 1012-2013-GG/OSIPTEL

II. ANÁLISIS.-

1. Sobre la validez de las actas de levantamiento de información sobre las que se sustenta el PAS.-

Según lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, la resolución impugnada otorga validez a las actas de levantamiento de información de fecha 03, 04 y 10 de marzo de 2011 así como las del 19 y 20 de abril 2011, sin que éstas cumplan con las formalidades establecidas en el Reglamento General de Aplicaciones de Supervisión del Cumplimiento de la normativa aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 0034-97-CD/OSIPTEL (en adelante el Reglamento de Supervisión)

De esta manera, señala que el Acta de levantamiento de información de fecha 10 de marzo de 2011, no cumple con determinar fehacientemente el lugar donde se realizaron las llamadas de prueba. Asimismo, manifiesta que en las llamadas de prueba realizadas los días 03 y 04 de marzo así como el 19 y 20 de abril no resulta posible determinar fehacientemente la identidad de los funcionarios que realizan las llamadas de prueba, contraviniendo lo establecido en el artículo 19° del Reglamento de Supervisión, motivo por el cual corresponde declararlas inválidas.

A efectos de sustentar lo argumentado, AMÉRICA MÓVIL remite en calidad de nueva prueba, un audio conteniendo una llamada de prueba realizada con fecha 22 de octubre de 2010, por el señor Samuel Jurado Aponte - profesional de la GFS - en el marco de las acciones de supervisión efectuadas a la empresa AMÉRICA MÓVIL con el objeto de verificar el cumplimiento de lo

dispuesto por el Reglamento el Sistema de Llamada por Llamada en el servicio portador de larga distancia, aplicable a los usuarios de los Servicios Públicos Móviles, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 002-2010-CD-OSIPTEL y sus modificatorias; así como el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6^{o3} de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 116-2003-CD-OSIPTEL.

Es de señalar que el audio remitido en calidad de nueva prueba, está referido a una acción de supervisión llevada a cabo por parte de la GFS, orientada a verificar si AMÉRICA MÓVIL cumplía con brindar a sus abonados información necesaria sobre la aplicación del sistema de llamada por llamada, mediante el cual pueden elegir al operador de larga distancia internacional que más le convenga. Así, a través de la llamada de prueba, se busca dejar constancia del contenido de la información proporcionada por AMÉRICA MÓVIL y la relevancia de la misma⁴, para garantizar el cumplimiento de la normativa vigente.

Distinto es el caso materia de análisis del presente PAS, en el cual las llamadas de prueba efectuadas en el marco de las acciones de supervisión realizadas a TELMEX PERÚ S.A. (hoy AMÉRICA MÓVIL), están orientadas a verificar la correcta aplicación de tarifas correspondientes a la tarjeta Pre Pago 1533, publicadas en el SIRT, donde más allá del contenido de las llamadas efectuadas, resulta relevante verificar si la tarifa efectivamente cobrada corresponde con aquella brindada por la empresa operadora a sus abonados a través de la página web y el SIRT.

³ **“Artículo 6.- Información básica a ser proporcionada por la empresa operadora**

Toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.

La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre:

- (i) *El servicio ofrecido;*
 - (ii) *Las diversas opciones de planes tarifarios;*
 - (iii) *Los requisitos para acceder al servicio;*
 - (iv) *Las características, modalidades y limitaciones del servicio ofrecido;*
 - (v) *La periodicidad de la facturación;*
 - (vi) *El plazo de contratación, causales de resolución anticipada, penalidades, si las hubiera y sus consecuencias o alcances económicos;*
 - (vii) *Los alcances y uso de los equipos terminales que sean provistos por la empresa operadora, en especial, las opciones de servicios que el equipo y la red permitan, y cuyo uso se encuentre sujeto a contratación previa o a tarificación por consumo efectivamente realizado;*
 - (viii) *El procedimiento para dar de baja el servicio prepago a que se refiere el artículo 8;*
 - (ix) *La velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada en Kilobits por segundo (Kbps), para el servicio de acceso a Internet; (x) La dirección de las oficinas de pago y otros medios habilitados para el pago de los servicios; y*
 - (x) *(xi) La existencia de cualquier restricción en el equipo terminal que limite o imposibilite el acceso a la red de otra empresa operadora, de ser el caso, así como la posibilidad de levantar la restricción del equipo terminal, de ser el caso.*
- (...)"

⁴ En la medida que en aplicación del Reglamento de Supervisión, en el caso de las llamadas de prueba realizadas desde las instalaciones del OSIPTEL, no es obligatorio el levantamiento de un acta; el contenido de las grabaciones y transcripciones es equivalente al contenido y formalidad de un acta; con lo cual se justifica que en la grabación remitida por AMÉRICA MÓVIL se incorporen toda la información relevante para dejar constancia de la acción de supervisión realizada.

Sin perjuicio de ello, corresponde precisar que el marco dentro del cual se deben ejecutar las acciones de supervisión se encuentra establecido en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL – Ley N° 27336 (en adelante LDFF) y el Reglamento de Supervisión; normas que deben ser observadas por el OSIPTEL en el ejercicio de su función supervisora.

En dicho contexto, es preciso tener en cuenta lo establecido en el artículo 37° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM⁵, según el cual la Gerencia General es el órgano titular de la función supervisora y para ejecutarla se apoya de la GFS, que es el órgano de línea encargado de la instrucción de los procedimientos sancionadores, cuya competencia sea de la Gerencia General. Asimismo, en aplicación del artículo 39° de la referida norma, la GFS cuenta con la función de supervisar el 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 tal efecto, la GFS se encuentra facultada en el marco de la LPAG, para actuar todos los medios probatorios que sean necesarios con la finalidad de verificar la verdad material de los hechos imputados⁶.

En virtud de ello, se llevaron a cabo las acciones de supervisión orientadas a verificar el correcto funcionamiento y aplicación de las tarifas correspondientes a la tarjeta 1533, las mismas que han sido documentadas a través de las Actas de Levantamiento de Información contenidas en el Expediente de Supervisión.

Así, conforme se advierte de las actas realizadas los días 03 y 04 de marzo y 19 y 20 de abril - cuestionadas por AMÉRICA MÓVIL en su recurso impugnativo - a través de las mismas se deja constancia de las diligencias realizadas por parte de la GFS, entre ellas, las llamadas de prueba; las mismas que forman parte integrante del acta conjuntamente con los anexos donde se consignan detalles de la tarjeta 1533 empleada y los números telefónicos llamados; tal como se puede advertir – a manera de ejemplo - de la siguiente acta:

⁵ **Artículo 37.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función Supervisora**

La función supervisora es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL. Para el desarrollo de sus funciones la Gerencia General contará con el apoyo de una o más Gerencias de línea, las que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis que correspondan.

⁶ **Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 166.- Medios de prueba

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

- 1 Recabar antecedentes y documentos.
- 2 Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo.
- 3 Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de las mismas declaraciones por escrito.
- 4 Consultar documentos y actas.
- 5 Practicar inspecciones oculares.

OSIPTEL FOLIOS
GFS 19

ACTA DE LEVANTAMIENTO DE INFORMACIÓN

Siendo las 15:05 horas del día 3 de Marzo del 2011, el profesional de la Gerencia de Fiscalización del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL):

- Javier Hernando Paredes Paredes DNI 07384004 Con el cargo de Supervisor Económico.

Acompañado de:

- Alejandro Chávez Carmen DNI 44830853 Desempeña como Practicante de la Gerencia de Fiscalización

Se realizaron llamadas de prueba desde el Teléfono Público de la empresa Telefónica del Perú S.A.A. N° 41396AE (locución dice 41396AB, por problemas de visualización) ubicado en la esquina de las calles Las Letras y La Poesía en el distrito de San Borja y del Teléfono Público de la empresa América Móvil Perú S.A.C. ubicado en el interior de Plaza Vea ubicada en la esquina de la calle Ucello con Av. Javier Prado, distrito de San Borja.

Con la finalidad de levantar información con respecto a la aplicación de tarifas tanto locales como de larga distancia, utilizando la Tarjeta Prepago "1533", de la Empresa TELMEX PERÚ S.A.; se realizaron llamadas a diferentes números locales, móviles y de larga distancia nacional e internacional.

Al respecto, se emplearon las siguientes tarjetas:

Denominación	Tarjeta	Número de Serie	Clave Secreta
S/. 5.00+1.00	Tarjeta "1533"	55832127	5610 7667 0511
S/. 10.00+2.00	Tarjeta "1533"	55849610	1693 4685 0964

La relación de los diferentes números telefónicos llamados se anexa a la presente acta. El contenido de las pruebas realizadas se encuentran registradas en una unidad de video, que obra en el Expediente N° 00070-2011-GG-GFS y cuya autenticidad certifico.

Concluida la presente acción de levantamiento de información a las 16:30 horas del día 3 de Marzo del 2011, se levanta la presente acta, su anexo, firmándose en señal de conformidad de la misma.


 Javier Hernando Paredes Paredes
 D.N.I. 07384004



De esta manera, en el presente caso, tal como se indica en el Acta de Levantamiento de Información, los audios conteniendo las llamadas de prueba permiten referenciar las llamadas realizadas y consignadas en el respectivo Anexo, siendo que en dicho documento se recoge la información exigida por el artículo 19° del Reglamento de Supervisión.

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que casi la totalidad de las llamadas de prueba fueron realizadas por practicantes de la GFS, sin que estuviera presente el señor Javier Hernando Paredes – funcionario de dicha gerencia.

De otro lado, señala que la participación de practicantes de la GFS durante las acciones de supervisión no resulta válida, toda vez que las normas utilizadas para tal efecto (art. 24° del Reglamento de Supervisión y el artículo 14° de la LDFF) no amparan en ningún extremo que los practicantes puedan comportarse como usuarios.

Al respecto, cabe señalar que la participación de los practicantes se limita a la marcación de los números telefónicos y realizar llamadas a efectos de dejar

constancia de la duración de las mismas; siendo que las acciones de supervisión se encontraban en todo momento a cargo del funcionario Javier Hernando Paredes, quien suscribe las Actas de Levantamiento de Información.

Cabe agregar, que la imputación efectuada a AMÉRICA MÓVIL adicionalmente se sustenta en la información brindada por la propia empresa en atención a las solicitudes formuladas por la GFS en uso de sus facultades y a fin de generar convicción sobre la comisión de las infracciones advertidas.

Contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL en su recurso, que las llamadas de prueba y por ende las actas de levantamiento de información, sean excluidas del análisis del presente PAS, de ninguna manera conlleva la exclusión de la información proporcionada por AMÉRICA MÓVIL, a través de sus cartas N° C.126-DJR/2011 y C.203-DJR/2011; toda vez que ésta fue requerida por la GFS en el marco de las facultades establecidas en el artículo 14⁷ del Reglamento de Supervisión y constituyen actuaciones independientes en el marco de las gestiones previas de investigación e inspección, orientadas a determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio del PAS.

De acuerdo a lo expuesto y tal como ha sido señalado en la resolución impugnada, las Actas de levantamiento de información de fechas 03, 04 de marzo y 19 y 20 de abril de 2011, han sido emitidas cumpliendo los requisitos establecidos en el Reglamento de Supervisión.

Respecto al Acta de Levantamiento de Información de fecha 10 de marzo de 2011⁸ cuestionada por AMÉRICA MÓVIL, cabe indicar que ésta – tal como ha sido consignado en dicho documento - recoge información obtenida a través de 12 llamadas de prueba realizadas desde un teléfono público de la empresa Telefónica del Perú S.A.A., ubicado en “la esquina de las calles Las Letras y La Poesía en el distrito de San Borja y de un teléfono público de AMÉRICA MÓVIL, ubicado en la cuadra 1 de la Calle Ucello al frente del “Supermercado Wong” y de la tienda “Calvo Sporting Goods”, ambas pertenecientes al distrito de San Borja; omitiendo mencionar aquellas llamadas realizadas en el cruce de la Av. Aviación con Av. De Las Artes y que sí obran en el audio que como anexo forma parte integrante del acta.

Tal como se indicó en la resolución impugnada, el hecho que el acta no consigne las acciones de supervisión realizadas en el Cruce de la Av. Aviación con Av. De las Artes Norte, distrito de San Borja; no invalida la totalidad de las

⁷ Artículo 14.- En cualquier modalidad de acción de supervisión, los funcionarios responsables de efectuarlas o las instancias competentes de OSIPTEL están plenamente facultados para:

- a. Exigir a las personas naturales o jurídicas supervisadas la exhibición o presentación de todo tipo de documentos, expedientes, archivos y otros datos, incluyendo libros contables, facturas, recibos, comprobantes de pago y los registros magnéticos y, de ser el caso, los programas que fueran necesarios para su lectura;
- b. Tomar copia de archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier otro documento que sea necesario para los fines de la acción de supervisión;
- c. En los casos de acciones de supervisión cuyo objeto tenga relación con el examen de aspectos técnicos o tecnológicos, los funcionarios responsables pueden efectuar pruebas, analizar las características de los equipos, revisar instalaciones y, en general, llevar a cabo cualquier diligencia conducente al cumplimiento del objeto de la acción supervisora.

El OSIPTEL establecerá los plazos y condiciones para la entrega de la información referida en el inciso a) atendiendo a su tipo, disponibilidad y volumen. En todo caso, el plazo otorgado no podrá ser inferior a los dos (2) días hábiles.

⁸ Obrante a Fojas 27 y 28 del Expediente de Supervisión N° 00070-2011-GG-GFS

llamadas realizadas, más aun si las llamadas de prueba realizadas desde dicha dirección no han sido tomadas en cuenta para efectos de la determinación de responsabilidad de AMÉRICA MÓVIL.

Como se advierte del Informe de Supervisión, para efectos de la imputación de cargos efectuada a AMÉRICA MÓVIL, respecto del Acta de Levantamiento de información de fecha 10 de marzo de 2011, únicamente se ha tomado en cuenta las llamadas contenidas en los ítems 09, 10 y 12 de dicha acta, las mismas que están referidas a llamadas realizadas por personal de la GFS, desde un teléfono público de la empresa AMÉRICA MÓVIL, ubicado en la Av. Ucello frente a “Supermercado Wong”, dirección que sí se encuentra consignada en el Acta de Levantamiento de Información.

De acuerdo a lo expuesto, podemos concluir que no existe irregularidad en el desarrollo de las acciones de supervisión, siendo que las Actas de Levantamiento de Información se enmarcan en lo dispuesto por la LDFF y el Reglamento de Supervisión.

En ese sentido, el audio remitido por AMÉRICA MÓVIL en calidad de nueva prueba; no resulta pertinente, en el presente caso a efectos de restar valor probatorio a las Actas que forman parte del análisis del presente PAS, las mismas que conjuntamente con la información proporcionada por la propia empresa operadora determinaron el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11° y el segundo párrafo del artículo 43° del RGT.

2. **Sobre el incumplimiento del segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del RGT.-**

Respecto de las cinco (05) llamadas en las cuales la GFS evidenció que la entonces TELMEX (hoy AMÉRICA MÓVIL) había cobrado una tarifa por encima de aquella comunicado través del SIRT; AMÉRICA MÓVIL lejos de negar los hechos advertidos en las acciones de supervisión realizadas por la GFS, a través de sus descargos pretende eximirse de responsabilidad, alegando que no existió ánimo de lucro al momento de realizar tales cobros y que éstos se debieron a un acontecimiento de carácter excepcional e irresistible.

De acuerdo a lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL, la vigencia de la reducción del IGV del 19% al 18% generó diversos cambios en sus plataformas que debido al corto tiempo de implementación ocasionó problemas de configuración de las tarifas.

Como nueva prueba, AMÉRICA MÓVIL adjunta copia de la carta C. 109-DJR/2011, recibida con fecha 03 de marzo de 2011, mediante la cual informa lo siguiente:

“dado el breve plazo establecido en la Ley N° 29666, para la aplicación de la reducción, hemos detectado inconvenientes en el producto de Tarjetas Prepago 1533 y Perú Mundo, en el sentido que, por la reducción a nivel de decimales, una vez que se cierra la llamada no se estaría apreciando la reducción requerida”

Al respecto, es pertinente indicar que la Ley N° 29666 – publicada el 20 de febrero de 2011 - que restituye la Tasa del Impuesto establecida por el artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, entró en vigencia desde el 01 de marzo de 2011, en concordancia con lo establecido en su artículo 2°⁹.

Cabe indicar que la Constitución Política vigente prevé de manera general la regla de aplicación de la ley en el tiempo, estableciendo que las normas nuevas resultan de aplicación desde su entrada en vigencia. En tal sentido, la aplicación de la norma en el tiempo se sujeta a la denominada “teoría de los hechos cumplidos”, según la cual, la normativa se aplica de manera inmediata a toda circunstancia¹⁰, entendiéndose por tal a aquella relación o situación jurídica subsumible en el supuesto de hecho de la nueva norma¹¹.

De acuerdo a ello, AMÉRICA MÓVIL tenía pleno conocimiento de la entrada en vigencia de la Ley N° 29666, encontrándose obligadas por ley, a la aplicación del nuevo impuesto a general a las ventas (IGV) a partir del 01 de marzo de 2011.

Debe tenerse presente que no basta alegar el corto tiempo establecido por la norma, para que automáticamente opere la exención de responsabilidad, pues para ello AMÉRICA MÓVIL debe cumplir con acreditar al OSIPTEL que no cabía un comportamiento/actuación distinto al asumido (diligencia debida), pues solo en la medida que acredite que ello fue así, se procederá a exceptuarla de responsabilidad, toda vez que la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad¹², considerándose a partir de ello que se trató de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible¹³ que puede ser catalogado como caso fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera de su control.

Conforme a ello, la carta remitida por AMÉRICA MÓVIL en calidad de nueva prueba, no resulta suficiente para acreditar que dicha empresa llevó a cabo todas las acciones que estuviesen a su alcance, y por ende, de la imposibilidad de cumplimiento de la Ley N° 29666.

De otro lado, según se advierte en el Informe de Supervisión, AMÉRICA MÓVIL aplicó tarifas mayores a las publicadas en el SIRT N° TETF201000113, en las llamadas realizadas los días 3, y 4 de marzo de 2011, originadas desde

⁹ **Ley 29666**

Artículo 2.- Aplicación

La presente Ley entra en vigencia el primer día del mes siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

¹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. III. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993. P. 63.

¹¹ Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de mayo de 2007 (Expediente N° 002-2006-PI/TC).

¹² FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Inimputabilidad en el cumplimiento de obligaciones. Código Civil comentado. Tomo VI. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Pág. 824.

¹³ Código Civil

Artículo 1314°.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Artículo 1315°.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Teléfonos de Uso Público de la empresa Telefónica del Perú S.A.A. hacia destinos Fijo-Local (2 llamadas), Móvil-Local (1 llamada) y Fijo-LDI (2 llamadas), como se señala a continuación:

Item	Fecha y hora de la llamada	Tarjeta Empleada (Clave Secreta)	Tipo de Prueba	Número de Destino	Tiempo de Conversación real (segundos)	Tarifa Informada por Telmex (S/.)	(A) Cargo aplicado en la Tarjeta 1533 (S/.)	(B) Cargo según tarifa informada por Telmex (S/.)	Diferencia (A) - (B) (S/.)	Tarifa aplicada, según cargo en la Tarjeta 1533 (S/.)
30	03/03/2011 15:08:24	5610-7667-0511	TUP TDP-Fijo Local	361-1228	99	0,0132 por segundo	S/.1,32	S/.1,31	S/.0,01	0,0133 por segundo
31	03/03/2011 15:18:52	5610-7667-0511	TUP TDP-Móvil Local (Claro)	997188502	99	1,3882 por 50 segundo	S/.2,80	S/.2,78	S/.0,02	1,40 por 50 segundo
37	04/03/2011 10:58:50	1693-4685-0964	TUP TDP-Fijo LDI (México)	0052-55-10837700	139	0,0166 por segundo	S/.2,32	S/.2,31	S/.0,01	0,0167 por segundo
38	04/03/2011 11:06:07	1693-4685-0964	TUP TDP-Fijo LDI (Paraguay)	00595-21-6177000	156	0,0397 por segundo	S/.6,24	S/.6,19	S/.0,05	0,0400 por segundo
42	04/03/2011 10:47:18	3686-4131-9029	TUP TDP-Fijo Local	4729720	60	0,0132 por segundo	S/.0,80	S/.0,79	S/.0,01	0,0133 por segundo

Al respecto, si bien AMÉRICA MÓVIL en su carta C.109-DJR/2011, recibida el 03 de marzo de 2011, manifiesta problemas en la reducción establecida por la Ley N° 29666, en el producto de tarjetas Pre pago 1553 y Perú Mundo; cabe tener en cuenta la comunicación N° C.441-DJR/2011¹⁴ cursada el 24 de noviembre de 2011, en donde reconoce que durante el periodo comprendido entre el 01 al 04 de marzo de 2011, se aplicó – por problema en el registro de tarifas - la tarifa comunicada a OSIPTEL mediante carta C.155-DJR/2011, la misma que no fuera publicada en el SIRT; siendo que según lo señalado, el 04 de marzo de 2011 se resolvió el problema y se procedió a aplicar la tarifa publicada con código de Registro TETF201000113 - vigente desde el 01 de marzo de 2011; sin que en dicha comunicación mencione problemas derivados de la implementación de la Ley N° 29666.

Asimismo, es preciso tener en cuenta las acciones de supervisión realizadas por la GFS el día 04 de marzo de 2011 – detalladas en el Anexo 01 del Informe de Supervisión, respecto de las cuales se puede apreciar que de seis (06) llamadas realizadas desde un teléfono público de la empresa Telefónica del Perú S.A. hacia destinos Fijo-Local (3 llamadas), móvil - LDN (1 llamada) y Fijo-LDI (2 llamadas); en tres (03) llamadas se verificó que AMÉRICA MÓVIL venía aplicando tarifas mayores a las publicadas con Registro TETF201000113, no obstante en dos (02) llamadas hacia destino fijo local sí se cumplía con la aplicación de dicha tarifa promocional y en la llamada efectuada a móvil –LDN no se logró completar la llamada.

En ese sentido, si tal como indica AMÉRICA MÓVIL, la aplicación de tarifas mayores a las publicadas en el SIRT se debió a la implementación de la Ley N° 29666, resulta contradictorio que en la misma acción de supervisión, se advierta que sí se cumplía con la aplicación de la tarifa promocional.

Tal como se observa de la resolución impugnada, la multa impuesta a AMÉRICA MÓVIL ha tomado en consideración la escala de multas establecida

¹⁴ Obrante a fojas 69 y 70 del Expediente de Supervisión N° 00070-2011-GG-GFS.

en el artículo 25° de la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, así como el Principio de Razonabilidad establecido en el artículo 230° de la LPAG, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de la infracción, la magnitud de la afectación (1047 tarjetas prepago 1533), y principalmente las circunstancias de la comisión de la infracción y el comportamiento posterior de AMÉRICA MÓVIL, quien no cumplió con alcanzar documentación que permita acogerse al régimen de beneficios vigente.

POR LO EXPUESTO, de conformidad con la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.** en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución de Gerencia General N° 1012-2013-GG/OSIPTEL, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

Regístrese y comuníquese.

JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Gerente General