



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

OSIPTEL GG FOLIOS 82

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 317 -2014-GG/OSIPTEL

Lima, 13 de mayo de 2014

EXPEDIENTE N°	:	00070-2013-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.

VISTO: El Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (GFS) N° 291-GFS/2014, por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto al procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A. (AMÉRICA MÓVIL)** por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 13° del Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Reglamento de Calidad), aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 040-2005-CD/OSIPTEL y sus modificatorias;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

- Mediante Informe de Supervisión N° 981-GFS/2013 (Informe de Supervisión), de fecha 17 de octubre de 2013, contenido en el Expediente N° 00058-2012-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la GFS emitió el resultado de la evaluación del indicador de calidad Tasa de Llamadas Completadas (TLLC) del servicio de telefonía fija en la modalidad de abonados, publicado por AMÉRICA MÓVIL (antes TELMEX PERÚ S.A.), para los meses de enero a diciembre de 2011, concluyendo lo siguiente:

IV. CONCLUSIONES

(...)

- Telmex publicó información inexacta del indicador de calidad TLLC en su página Web para el tráfico local en las centrales y meses indicados en la Tabla 4 (19 diferencias)
- Asimismo cabe precisar que de acuerdo a lo expuesto en el numeral III.5 del presente informe, se inició a Telmex un procedimiento administrativo sancionador por haber incumplido con la obligación de publicar información exacta establecida en el artículo 13° en el Reglamento de Calidad en los periodos de agosto de 2008 a diciembre de 2009 y el año 2010. En ese sentido, al verificarse que Telmex habría incumplido nuevamente con la obligación establecida en el citado artículo, resulta razonable adoptar una medida de igual proporción a la antes impuesta que permita garantizar los fines públicos tutelados.
- Por lo tanto, en vista que Telmex habría incurrido en la infracción tipificada como grave en el artículo 13° en el Reglamento de Calidad por haber publicado información inexacta para el indicador TLLC – Local para los meses del 2011 y centrales indicados en la Tabla 4; corresponde iniciarle un **procedimiento administrativo sancionador.**
(...)"



2. Mediante carta C.1615-GFS/2013, notificada el 17 de octubre de 2013, y rectificada con carta C.1954-GFS/2013⁽¹⁾; la GFS comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del presente PAS por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 13° del Reglamento de Calidad, por cuanto habría publicado información inexacta del indicador de calidad TLLC en su página web, para el servicio de telefonía fija en la modalidad de abonados, en el año 2011.
3. Mediante carta S/N, recibida el 22 de noviembre de 2013, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos (Descargo 1).
4. Mediante carta C.362-GFS/2014, notificada el 20 de febrero de 2014, la GFS otorgó a AMÉRICA MÓVIL un plazo de diez (10) días hábiles, a fin que presente sus alegatos; considerando que, con fecha 13 de febrero de 2014⁽²⁾, este Organismo remitió nuevamente a AMÉRICA MÓVIL la copia de diecisiete (17) CD's que no fueron grabados adecuadamente, según lo manifestado por dicha empresa.
5. Mediante carta S/N, recibida el 06 de marzo de 2014, AMÉRICA MÓVIL presentó la ampliación de sus descargos (Descargo 2).
6. Con fecha 27 de marzo de 2014, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de Análisis de Descargos N° 303-GFS/2014.

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 02 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.

En el presente PAS se evalúa la presunta comisión por parte de AMÉRICA MÓVIL de la infracción tipificada en el artículo 13°⁽³⁾ del Reglamento de Calidad, toda vez que, de acuerdo con el Informe de Supervisión, dicha empresa operadora habría publicado en su página web información inexacta (19 diferencias) respecto del indicador de calidad TLLC para el servicio de telefonía fija en el año 2011, de acuerdo al siguiente detalle:

¹ Notificada el 04 de diciembre de 2013.

² Mediante Carta C.034-AI/2014

³ Artículo 13.- El operador que publique de forma distinta o incompleta a la establecida (formato que se muestra en el Anexo 8), o que se publique información inexacta, incurrirá en infracción grave.



Cuadro N° 1

Meses y centrales en los cuales se publicó información inexacta (19 diferencias)

Central	Mes 2011	OSIPTEL	Valor empresa operadora	Diferencia con el valor procesado por el OSIPTEL
AREQUIPA - Local	Mayo	95.00%	93.00%	-2.00%
	Agosto	100.00%	92.00%	-8.00%
	Octubre	100.00%	97.00%	-3.00%
CHICLAYO - Local	Marzo	No hay registros que cumplan los criterios	100.00%	Todo
	Setiembre	No hay registros que cumplan los criterios	100.00%	Todo
CUSCO - Local	Setiembre	100.00%	98.00%	-2.00%
	Octubre	100.00%	98.00%	-2.00%
PIURA - Local	Febrero	100.00%	99.00%	-1.00%
	Marzo	100.00%	99.00%	-1.00%
	Abril	100.00%	99.00%	-1.00%
	Junio	100.00%	99.00%	-1.00%
	Octubre	100.00%	99.00%	-1.00%
	Noviembre	91.00%	96.00%	5.00%
	Diciembre	97.00%	99.00%	2.00%
TRUJILLO - Local	Marzo	100.00%	99.00%	-1.00%
	Abril	100.00%	95.00%	-5.00%
	Junio	100.00%	99.00%	-1.00%
	Setiembre	100.00%	98.00%	-2.00%
	Diciembre	100.00%	99.00%	-1.00%

Fuente: Informe de Supervisión

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, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

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

1. Análisis de los descargos

En sus escritos de descargos 1 y 2, AMÉRICA MÓVIL cuestionó el PAS sobre la base de los siguientes fundamentos:

- 1.1 Los valores del indicador TLLC para el servicio de telefonía fija, publicados en la página web de AMÉRICA MÓVIL, cumplen con los valores referenciales establecidos en el Reglamento de Calidad, lo cual fue comprobado por la GFS.
- 1.2 De imponerse una multa se configuraría un exceso de punición, puesto que es posible optar por un medio menos gravoso.
- 1.3 No existen indicios que demuestren que AMÉRICA MÓVIL hubiera actuado intencionalmente para beneficiarse respecto de la infracción en la que incurrió.



1.4 No se contó con toda la documentación necesaria a fin que AMÉRICA MÓVIL ejerza un adecuado derecho de defensa.

1.1. Sobre los valores publicados

AMÉRICA MÓVIL señala que los valores del indicador de calidad TLLC para el servicio de telefonía fija, publicados en el año 2011, cumplen con los valores referenciales establecidos en el Reglamento de Calidad, lo cual fue confirmado en el Informe de Supervisión; con lo cual quedaría demostrado que aún en el supuesto de haber incurrido en un incumplimiento normativo imputado, no ha generado una distorsión en el mercado o una influencia de la elección de los servicios de telecomunicaciones a contratar por los usuarios.

Asimismo, AMÉRICA MÓVIL sostiene que la publicación inexacta de los valores del indicador TLLC se produjo debido a una situación involuntaria y aislada que se presentó al momento de realizar el cálculo de dicho indicador, los cuales fueron corregidos y subsanados en su oportunidad, a fin de entregar al público en general información fidedigna de la calidad de sus servicios. En ese sentido, alega que al haber desaparecido el incumplimiento del artículo 13° del Reglamento de Calidad, no existe razón suficiente para sancionarla, más aun considerando que ha demostrado plena voluntad de cooperación dentro del procedimiento de supervisión.

Sobre el particular, es preciso mencionar que, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Calidad, las empresas operadoras que prestan los servicios de Telefonía Fija –entre otros servicios públicos de telecomunicaciones– están en la obligación de reportar mensualmente los resultados de diversos indicadores de calidad, entre ellos el indicador de calidad TLLC, mediante el cual se busca determinar el número de intentos de llamadas que llegan a concretarse.

En virtud a lo establecido en el primer párrafo del artículo 8^{o(4)} del Reglamento de Calidad, concordado con el artículo 13° de la misma norma, los resultados de los indicadores de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones deben ser publicados mensualmente por las empresas operadoras en sus páginas web.

En el presente caso, durante la etapa de supervisión efectuada como producto del procesamiento de los valores TLLC publicados por AMÉRICA MÓVIL, para los meses de enero a diciembre de 2011, la GFS advirtió la existencia de diferencias entre los valores publicados por AMÉRICA MÓVIL en su página web con los valores reales de los indicadores TLLC calculados por el OSIPTEL en base a la información de sustento remitida por la referida empresa; según se observa a continuación:



⁴ Artículo 8.- Los resultados de los indicadores de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, serán publicados mensualmente por los operadores en sus páginas WEB de acuerdo al formato que se muestra en el Anexo N° 8, siendo de público conocimiento y de libre acceso, dentro de los veinte (20) días calendario siguientes al término del período de medición.

Los resultados de las mediciones y/o cálculo de los indicadores publicados por los operadores constituyen declaración jurada.

La publicación que se indica en el presente procedimiento, no excluye la posibilidad de que OSIPTEL solicite información adicional. (...)

Cuadro N° 2

Observaciones detectadas para el servicio de telefonía fija, correspondiente al indicador de calidad TLLC 2011

Observación OSIPTEL. Carta C.1333-GFS/2012	Respuesta Telmex. Carta DMR/CE-F/N°1096/12
Sustentar las diferencias halladas respecto a la "cantidad de llamadas completadas" (no hay diferencia en la "cantidad de intentos") en las centrales GSP, para el tráfico LDI. Se ha empleado las mismas consultas SQL que remitieron al OSIPTEL.	Las diferencias halladas responden a un problema vinculado a la aplicación de un criterio de exportación de los CDRs (criterio del campo compl_code) que se generó al momento de importar la información de sustento para remitirla a vuestra entidad, toda vez, que dicho proceso se realiza de manera manual. En ese sentido, entregó la información de sustento que debe de ser considerada. Se halló que la información publicada es correcta. Se levantó la observación.
Sustentar las observaciones halladas para el tráfico local de las centrales Huawei (meses y centrales indicados en carta): a. Marcación incompleta. b. Llamadas a números fuera de su red. c. Llamadas a números celulares. d. Llamada por llamada con destino LDN.	Telmex indica que debido a un "error material involuntario" al efectuar el cálculo del indicador TLLC, tomó en cuenta los registros señalados. Telmex indicó que realizaría el recálculo y que de requerirse cambios en la publicación Web, procedería con la corrección. Debe indicarse que Telmex realizó la modificación de su publicación Web en julio de 2012 según lo informado en su carta DMR/CE-F/N° 883/12, cambiando el formato empleado. De esta forma, desde enero de 2012 en adelante, los valores publicados están a nivel de toda la red (antes se publicaba por central).

Fuente: Informe de Supervisión

Como se puede apreciar, y según lo reconocido por la propia empresa operadora mediante carta DMR/CD-F/N°1096/12⁽⁵⁾ del 03 de setiembre de 2012, TELMEX (hoy AMÉRICA MÓVIL) consideró – erróneamente – en el cálculo del indicador de calidad TLLC local, llamadas con marcación incompleta, llamadas a números fuera de su red (incluyendo llamadas a números celulares) y llamadas con destino de Larga Distancia Nacional (utilizando el 1909 de llamada por llamada).

Por ese motivo, existen diferencias entre los valores publicados por la empresa operadora en su página web con los valores reales del indicador TLLC calculado por el OSIPTEL en base a la información de sustento remitida por la referida empresa, en los meses y centrales que se detallan en el Cuadro N° 01.

Al respecto, es preciso señalar que, si bien en quince (15) supuestos – de los diecinueve (19) imputados – la diferencia incurrida por AMÉRICA MÓVIL no la favoreció, sino que, por el contrario reflejó que su porcentaje de llamadas completadas fue menor al que realmente incurrió; lo cierto es que AMÉRICA MÓVIL publicó información inexacta en su página web por un error únicamente atribuible a dicha empresa, toda vez que el procedimiento para el cálculo del indicador TLLC está debidamente detallado en el Anexo 03 del Reglamento de Calidad. En ese sentido, el hecho que la diferencia de los valores en quince (15) casos sea en perjuicio de la empresa operadora, no es un elemento que deba considerarse para determinar la comisión de la infracción materia del presente PAS, sin perjuicio que dicho criterio sea considerado a efectos de la graduación de la sanción.

Adicionalmente, y sin perjuicio de lo señalado, se advierte que existieron cuatro (4) supuestos⁽⁶⁾ en los que hay una diferencia a favor de AMÉRICA MÓVIL, al tomar en cuenta registros que no debieron ser considerados para el cálculo del indicador TLLC.

⁵ Fojas 112 del Expediente de Supervisión

⁶ Meses y centrales en los que la diferencia incurrida por la empresa operadora la favoreció:



En efecto, debe señalarse que el nivel de diferencia entre el valor publicado por AMÉRICA MÓVIL y el calculado por el OSIPTEL, en lo que atañe a la central de "TELMEX PIURA – Local", asciende a 5% y 2%, a favor de la empresa operadora; es decir, AMÉRICA MÓVIL publicó en su página web porcentajes superiores al valor real del indicador TLLC para los meses de noviembre y diciembre.

Asimismo, en lo concerniente a la central de "TELMEX CHICLAYO – Local", la empresa operadora publicó que el valor mensual del indicador TLLC, en los meses de marzo y setiembre de 2011, fue de 100%, pese a que no existían registros que cumplan con los criterios que deben tomarse en cuenta para el cálculo de dicho indicador.

En ese sentido, ha quedado evidenciado durante la etapa de supervisión la existencia de diferencias entre los valores publicados por TELMEX (hoy AMÉRICA MÓVIL) en su página web con los valores reales del indicador TLLC calculado por el OSIPTEL en base a la información de sustento remitida por la referida empresa, siendo estas diferencias reconocidas por AMÉRICA MÓVIL mediante carta DMR/CD-F/N°1096/12⁽⁷⁾ del 03 de setiembre de 2012.

Asimismo, en los descargos remitidos, AMÉRICA MÓVIL no cuestiona el cálculo efectuado por este Organismo; por el contrario, señala que el cálculo inexacto en los indicadores se debió a problemas con la base de CDR's (Call Detail Record) que se utilizó para el cálculo del indicador TLLC del año 2011, pretendiendo eximirse de responsabilidad al considerar que subsanó la conducta infractora y cumplió con el valor referencial anual, no habiéndose generado ninguna distorsión en el mercado.

Al respecto, es preciso mencionar que, en principio, en el presente PAS no se evalúa el cumplimiento de los valores referenciales de los indicadores de calidad, sino si AMÉRICA MÓVIL publicó información inexacta del indicador en su página web. Sin perjuicio de ello, aun cuando dicha empresa cumple con el indicador TLLC de manera anual, ello no justifica el incumplimiento por parte de dicha empresa de su obligación de publicar información de manera veraz y exacta.

En cuanto a la ausencia de daño alegado por AMÉRICA MÓVIL, es importante precisar que una vez detectada la comisión de una conducta infractora, tal y como ha sucedido en el presente caso, no es necesario que la misma haya producido un daño efectivo para poder aplicar la correspondiente sanción administrativa, toda vez que la sola potencial afectación de un bien jurídico protegido por la norma justifica que se sancione la conducta.

Asimismo, la vulneración del bien jurídico protegido y la existencia o no de daño constituyen parte de los elementos a ser evaluados para determinar la sanción a

Central	Mes 2011	OSIPTEL	Valor empresa operadora	Diferencia con el valor procesado por el OSIPTEL
CHICLAYO - Local	Marzo	No hay registros que cumplan los criterios	100.00%	Todo
	Setiembre	No hay registros que cumplan los criterios	100.00%	Todo
PIURA - Local	Noviembre	91.00%	96.00%	5.00%
	Diciembre	97.00%	99.00%	2.00%

⁷ Fojas 112 del Expediente de Supervisión

imponerse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL (LDFF), Ley N° 27336, y en el numeral 3. del artículo 230° de la LPAG, es decir, dichos elementos no se toman en cuenta para efectos de determinar si la conducta de AMÉRICA MÓVIL encaja o no dentro del supuesto previsto en la norma como infracción, sino, únicamente, para la determinación de la sanción que corresponda.

En esa misma línea, el comportamiento posterior de AMÉRICA MÓVIL, consistente en desplegar diversas operaciones y acciones internas para corregir el procesamiento del cálculo del indicador de calidad TLLC, no es un criterio a ser tomado en cuenta para exonerar a la empresa de la responsabilidad que le asiste frente al incumplimiento que se le imputa, sino que únicamente constituye un criterio a ser valorado a efectos de graduar la sanción a imponer.

En tal sentido, no puede considerarse como válido el argumento planteado por la empresa operadora sobre la inexistencia del daño como causal eximente de responsabilidad, o la afirmación del cumplimiento del valor de meta indicado en el Reglamento de Calidad, así como las acciones adoptadas para solucionar los problemas identificados; toda vez que, como ha quedado acreditado en los argumentos antes expuestos, se ha evidenciado que la empresa incurrió en la comisión de la infracción tipificada por el artículo 13° del Reglamento de Calidad.

Finalmente, es preciso mencionar que de los actuados se advierte que las incidencias ocurridas no se tratan de casos aislados como sustenta AMÉRICA MÓVIL; pues la GFS detectó que la conducta infractora se repitió en diferentes meses del año 2011. Aun cuando se tratara de un caso aislado, dicha situación no permite descartar la configuración de la infracción, en tanto que no es requisito para la configuración de la infracción que se trate de un hecho generalizado.

1.2. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad

AMÉRICA MÓVIL considera que el hecho de corregir de manera voluntaria y espontánea el incumplimiento que se le imputa en el presente PAS, satisface la finalidad del procedimiento de supervisión, por lo que de imponerse una multa se configuraría un exceso de punición, puesto que se puede optar por un medio menos gravoso.

En esa línea, AMÉRICA MÓVIL apela a la razonabilidad que debe regir todas las actuaciones del regulador, a fin de que evaluando el comportamiento de la empresa durante el procedimiento de supervisión, se decida el archivo del presente PAS, teniendo en cuenta su función preventiva y punitiva ha sido satisfecha en extenso.

Asimismo, AMÉRICA MÓVIL sostiene que se debe tomar en consideración que en toda operación técnica siempre existirá algún caso aislado y extraordinario, producto de un efecto estadístico, por tal motivo, exigir el cumplimiento irrestricto y ciego de esta norma implica desconocer la realidad descrita, ya que no existe mecanismo alguno que asegure una fiabilidad al ciento por ciento, siendo posible únicamente – utilizando la máxima diligencia– disminuir al máximo dicho efecto estadístico.

Finalmente, AMÉRICA MÓVIL argumenta que la falta de necesidad de sanción es un elemento que forma parte de los criterios del OSIPTTEL, tal como se puede apreciar en la decisión adoptada en el Expediente N° 00010-2008/TRASU/GUS-PAS, en el cual la



Al respecto, cabe mencionar que dicho deber de cuidado está directamente relacionado con la diligencia que los administrados deben tener a efectos de evitar incurrir en un posible incumplimiento, máxime cuando se trata de disposiciones normativas cuyo conocimiento y, por ende, debida observancia, resulta exigible al administrado.

En consecuencia, atendiendo a dichas circunstancias, se espera que dicha empresa adopte suficientes medidas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resultan exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde honrar obedezca a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control. Sin embargo, AMÉRICA MÓVIL no ha presentado pruebas que permitan evaluar siquiera tal posibilidad.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe mencionar que aun en el supuesto que se admitiera la existencia de un "error", se aprecia que en el caso en particular, éste no resulta invencible y por ende, excluyente de responsabilidad administrativa, puesto que corresponde a una situación que pudo haber sido detectada y superada de haberse obrado con la diligencia debida.

Por tanto, resulta posible afirmar que en el presente caso AMÉRICA MÓVIL no aplicó en su debido momento los mecanismos que podrían ser útiles para que no existan este tipo de problemas o errores para el cálculo del indicador de calidad TLLC; así como no ha probado que su actuación no podía haber sido realizada de un modo distinto aun cuando hubiera actuado con la diligencia debida.

Finalmente, en lo concerniente al Informe N° 142-GL/2009, emitido en el Expediente N° 00010-2008/TRASU/GUS-PAS, es cierto que la Gerencia Legal recomendó, a través del aludido documento, que se revoque la sanción impuesta por la primera instancia. No obstante, dicha recomendación obedece a particularidades del caso analizado en ese entonces, como por ejemplo, en dicho procedimiento no se advirtió, como sí ocurre en el presente PAS, la existencia de antecedentes de incumplimiento de la misma obligación por parte de AMÉRICA MÓVIL.

Del mismo modo, es preciso mencionar que, a través del Memorándum N° 026-GL/2005⁽¹²⁾, la entonces Gerencia Legal señaló su posición respecto a la posibilidad que los supervisores recomienden, en sus informes finales, el archivo del expediente de supervisión en aquellos casos en los que la empresa operadora subsane el incumplimiento detectado, siendo que tal posibilidad –conforme se infiere del citado Memorando– se encuentra supeditada a la evaluación previa por parte del supervisor a cargo, de las particularidades del caso, y al concluir que no existe necesidad de imponer otra medida diferente.

De esta manera, en el Informe de Supervisión, la GFS sustentó la razón por la cual consideraba que correspondía el inicio de un PAS, al haberse determinado que AMERICA MÓVIL publicó en su página web información inexacta respecto del

¹² Documento que fue sustento para la emisión del Memorándum N° 122-GFS/2005, mediante el cual, según AMÉRICA MÓVIL, se han previsto los supuestos mediante los cuales los funcionarios de la GFS pueden archivar los expedientes de supervisión, respecto a aquellos casos en los que se ha detectado que los operadores han incurrido en algún incumplimiento o infracción.

En efecto, conforme ha sido señalado anteriormente, no es necesario que la conducta infractora haya producido un daño efectivo, toda vez que para ello basta la sola potencial afectación de un bien jurídico protegido por la norma justifica que se sancione la conducta; sin perjuicio de la evaluación de otros elementos como la gravedad del daño, el beneficio obtenido, el comportamiento posterior del sancionado, entre otros; a efectos de graduar la sanción a imponer, según lo establece el artículo 230° de la LPAG.

De acuerdo a lo señalado, es posible colegir que el inicio del presente PAS cumple con el objetivo de mantener la proporción entre los medios y fines, dado que se ajusta a la finalidad perseguida por la norma legal, en este caso el Reglamento de Calidad, que tiene por finalidad supervisar la correcta medición y el cumplimiento de los valores referenciales de la calidad del servicio público de telecomunicaciones de las empresas operadoras.

Lo señalado adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que no es la primera vez que AMÉRICA MÓVIL incide en la publicación inexacta de los valores de los indicadores de calidad⁽¹⁰⁾, puesto que la GFS al evaluar el indicador de calidad TLLC para los años 2009 y 2010⁽¹¹⁾, advirtió que la empresa operadora había publicado en su página web, información inexacta de dicho indicador; imponiéndosele la sanción correspondiente por el incumplimiento de la obligación que es materia del presente PAS.

Ahora bien, AMÉRICA MÓVIL pretende que dichos procedimientos sancionadores no sean tomados en cuenta en el caso que se analiza, al argumentar que las causas que motivaron que en aquella oportunidad se publique información inexacta, son distintas a las que generaron las diferencias que sustentan este procedimiento sancionador. No obstante, contrariamente a lo expuesto por la empresa, de cara a determinar si la conducta reprochable se continúa repitiendo basta corroborar que se produjo el mismo resultado, en este caso, la publicación de información inexacta de los indicadores de calidad. En ese sentido, al habersele impuesto una sanción previa, en particular a los valores del indicador TLLC, la empresa operadora debió tomar las acciones que resulten necesarias para no incumplir nuevamente con su obligación de publicar de manera exacta el indicador de calidad TLLC en su página web, máxime cuando el procedimiento para el cálculo del indicador TLLC está debidamente detallado en el Anexo 03 del Reglamento de Calidad.

De lo anteriormente señalado, este Organismo aprecia que el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan la correcta y adecuada aplicación del procedimiento iniciado.

Por otro lado, resulta necesario reiterar que la conducta posterior del administrado, consistente en la subsanación (corrección) de la conducta infractora, constituye parte de los elementos a ser evaluados para determinar la sanción a imponerse. Igualmente, conforme se desarrollará en el numeral 1.3 de la presente resolución, para la configuración del tipo infractor no es necesaria la intencionalidad en la conducta del agente, por lo que prosigue analizar si AMÉRICA MÓVIL infringió un deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado pudo prever.

¹⁰ AMÉRICA MÓVIL fue sancionada por publicar en su página web información inexacta respecto a los indicadores de calidad (entre ellos el TLLC), mediante Resoluciones de Gerencia General N° 457-2011-GG/OSIPTEL y N° 356-2012-GG/OSIPTEL, las cuales fueron confirmadas por el Consejo Directivo mediante Resoluciones N° 021-2012-CD/OSIPTEL y N° 140-2012-CD/OSIPTEL, respectivamente.

¹¹ PAS seguido en el Expediente N° 00011-2012-GG-GFS/PAS



indicador TLLC, quedando desvirtuados los argumentos esgrimidos por AMÉRICA MÓVIL con relación a este aspecto.

1.3. Sobre el Principio de Culpabilidad

AMÉRICA MÓVIL señala que debe considerarse que no existen indicios que demuestren que actuó intencionalmente para beneficiarse de la comisión de la infracción que se le imputa, conforme lo establece el Principio de Culpabilidad, por el cual todo tipo administrativo debe tomar en consideración la existencia de intencionalidad en la comisión del hecho supuestamente infractor.

En esa línea, la empresa operadora manifiesta que la normativa vigente ha proscrito la responsabilidad objetiva en los sistemas sancionadores administrativos, consagrando la responsabilidad subjetiva del administrado, según lo cual, en caso de constatar que se ha incurrido en el supuesto de hecho punible, la administración se encuentra en la obligación de verificar si existe dolo o culpa en la actuación del administrado a fin de determinar si dicho incumplimiento amerita o no la imposición de una sanción.

Asimismo, AMÉRICA MÓVIL considera conveniente tener en cuenta los criterios considerados en la Resolución de Consejo Directivo N° 013-2009-CD/OSIPTEL, la cual señala que es indudable que el principio de culpabilidad constituye un principio básico del Derecho Administrativo Sancionador, sin embargo, dicho principio no implica que para que se configure la infracción debe existir dolo en la comisión de la conducta infractora, sino implica que debe haber responsabilidad en la empresa, y que dicha responsabilidad puede ser por negligencia y no necesariamente por dolo.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL refiere que conforme a lo señalado por el propio OSIPTEL, el administrado que actúa con la diligencia suficiente, no puede ser sancionado administrativamente, puesto que la actuación diligente elimina la culpa y, por tanto, elimina el factor de atribución de responsabilidad aplicable; con lo cual, concluye que al no haberse verificado en el presente caso su falta de diligencia en la comisión del supuesto de hecho infractor, no habría justificación válida para imponerle una sanción.

Finalmente, añade que aun en el supuesto extremo y negado que su conducta fuera considerada como incumplimiento, ésta no revela intención de incumplir la normativa, ni reviste la significancia necesaria para ser sancionada, más aún si se considera que las mínimas variaciones en los indicadores no han generado ningún daño, al tratarse de una conducta *de minimis*, es decir, una conducta de escasa importancia y su probada incapacidad para afectar o generar distorsiones en el mercado, sobre todo teniendo en consideración que no existió intencionalidad alguna de su parte.

Respecto a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL es preciso indicar que, como se ha adelantado, alegar la falta de intencionalidad, no constituye argumento suficiente para que se concluya que no se ha incurrido en infracción. De acuerdo al Principio de Causalidad, 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, ninguno de los cuales se presenta en el caso concreto.



Además, es oportuno señalar que la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, actuando culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma y dolosamente quien conoce y quiere realizar el hecho. En lo que aquí interesa, resulta que de la lectura conjunta de los artículos 8° y 13° del Reglamento de Calidad, se aprecia que la concurrencia del dolo (o intencionalidad) no es un elemento constitutivo del tipo infractor, siendo en consecuencia suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas disposiciones, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado pudo preverse.

Sobre el particular, es importante recalcar que conforme al Reglamento de Calidad, es responsabilidad de AMÉRICA MÓVIL la obligación de publicar los valores mensuales de los indicadores de Calidad, por tanto, correspondía a ésta adoptar las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a lo exigido y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de tal obligación obedezca a razones que, indubitablemente, se hallen fuera de su posibilidad de control, más aún cuando –conforme se ha indicado– el deber de diligencia exigido a las empresas operadoras es superior al común exigido, ello en función a su grado de especialidad o porque desarrollan actividades en virtud de una concesión. Siendo así, no debe pasarse por alto que AMÉRICA MÓVIL no es un lego en el sector de las telecomunicaciones, motivo por el cual el nivel de diligencia a exigirse debe ser alto⁽¹³⁾.

En tal sentido, habiéndose acreditado los hechos constitutivos de la infracción, correspondía a AMÉRICA MÓVIL –y no al OSIPTEL– la demostración de los hechos eximentes de la responsabilidad imputada⁽¹⁴⁾.

Sobre lo señalado, en el numeral III.4.2 del Informe de supervisión, se indica –de acuerdo a lo manifestado por la propia empresa operadora– que los valores inexactos se debieron a errores en su procesamiento, los cuales estaban a cargo de la empresa

¹³ Sobre el particular, Nieto García ha escrito lo siguiente:

La <<especial severidad>> de Derecho Administrativo Sancionador puede también explicarse, sin embargo, de una manera más simple y técnicamente más precisa a través de la superabilidad del error, tal como aparece en el precepto citado del Código Penal, es decir, atendiendo a las <<circunstancias personales del autor>>. Porque en el campo del Derecho Administrativo Sancionador resulta de ordinario trascendental el hecho de que el infractor sea un profesional o un 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. El profesional ha adquirido –a través de los estudios que preceden a su título oficial- una formación técnica que el preserva (formalmente) contra el error, y quien ejerce una actividad especializada está obligado a adoptar precauciones especiales para evitarlo y hasta es frecuente que la norma le exija que con él colaboren profesionales y expertos (arquitectos en una construcción, químicos e ingenieros en un proceso de producción). Sin olvidar, por otra parte, que 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

En NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador, Editorial Tecnos. Cuarta edición, 2005, Madrid. P. 407

¹⁴ (...) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad

Sentencia del Tribunal Supremo Español citada por NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta Edición totalmente reformada. Editorial Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.

- (...) quien se oponga a la realidad de los hechos que han de servir de sustento a las decisiones de la Administración ha de correr con la prueba de esta circunstancia. (...)

En resumen, 'el ente que impone la sanción tiene la carga de ofrecer al Juez (previamente habrá debido de hacerlo en el procedimiento administrativo) las pruebas de cargo que justifican el acto sancionador; pero no le incumbe a la Administración, sino al sancionado, acreditar la veracidad de los hechos ofrecidos como descargo' (...)



operadora, sin haberse acreditado que tales errores fueron producto de circunstancias fuera de su esfera de control que pudieran exonerarla de responsabilidad.

En cuanto a lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL respecto a que las acciones de supervisión que sustentan este extremo no revelan una intención de la empresa de incumplir con la normativa, ni reviste la significancia necesaria para ser sancionado, puesto que se trataría de una conducta de minimis; cabe mencionar que ello no constituye un fundamento válido que pueda descartar la imposición de una sanción, en tanto que no es requisito para la configuración de la infracción que se trate de un hecho generalizado, pues las sanciones buscan reprimir la conducta infractora y evitar que ella se generalice.

Asimismo, resulta necesario reiterar que el daño y la vulneración al bien jurídico protegido, constituye parte de los elementos a ser evaluados para determinar la multa a imponerse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30° de la LDFF, y en el numeral 3. del artículo 230° de la LPAG, es decir, dichos elementos no se toman en cuenta para efectos de determinar si la conducta de AMÉRICA MÓVIL se encuadra o no dentro del supuesto previsto en la norma como infracción, sino, únicamente, para graduar la multa.

1.4 Sobre los defectos del procedimiento

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que, pese a solicitar copias del íntegro de los expedientes relacionados al presente PAS⁽¹⁵⁾, no se le hizo entrega de la información contenida en los diecisiete (17) CD's que forman parte del expediente N° 00058-2012-GG-GFS, puesto que éstos únicamente contenían accesos directos a la información que deberían contener; lo cual impidió ejercer plenamente su derecho de defensa.

En esa línea, AMÉRICA MÓVIL sostiene que la información contenida en dichos CD's resultaba relevante para un adecuado ejercicio del derecho de defensa conforme lo establece la LPAG y la Constitución, por lo que el presente PAS se encuentra en una situación de vicio insubsanable.

Sobre el particular, cabe indicar que mediante carta C.269-AI/2013 notificada el 05 de noviembre de 2013, la Gerencia de Comunicación Corporativa (GCC) atendió la solicitud presentada por AMÉRICA MÓVIL, referida a la entrega de copias del íntegro del Expediente N° 00058-2012-GG-GFS, el mismo que contiene, entre otros, diecisiete (17) CD's.

Cabe señalar que, pese a que las copias solicitadas fueron entregadas al personal autorizado por AMÉRICA MÓVIL el 06 de noviembre de 2013, fecha anterior al vencimiento del plazo para presentar sus descargos⁽¹⁶⁾; es recién con la presentación de su escrito de Descargo 1 que se menciona el inconveniente presentado en los CD's remitidos por la GCC.

En efecto, en el supuesto que AMÉRICA MÓVIL hubiera considerado que la información contenida en los mencionados CD's resultaba indispensable para ejercer su derecho de defensa, tenía expedito su derecho a solicitar la entrega adecuada del

¹⁵ Solicitud efectuada mediante DMR/CE-M/N°1422/13

¹⁶ De acuerdo a la carta C.1723-GFS/2013, notificada el 30 de octubre de 2013, el plazo para que AMÉRICA MÓVIL presente sus descargos vence el 22 de noviembre de 2013.

mismo y solicitar una ampliación del plazo otorgado para presentar sus descargos debido al inconveniente presentado.

Sin perjuicio de ello, considerando que, según lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL en su Descargo 1, la información contenida en los mencionados CD's no fue grabada adecuadamente, la GCC remitió nuevamente dicha información mediante carta C.034-AI/2014 notificada el 13 de febrero de 2014. Asimismo, a fin de garantizar un debido procedimiento, la GFS le otorgó un plazo adicional de diez (10) días hábiles para que, de considerarlo pertinente, presente sus descargos adicionales.

Por tanto, aun cuando la entrega de la información contenida en los mencionados CD's se efectuó con posterioridad a la presentación de su escrito de Descargo 1, ello no implicó una vulneración del derecho al debido procedimiento, puesto que AMÉRICA MÓVIL ha contado con la oportunidad de ejercer planamente su derecho de defensa en tanto presentó alegatos adicionales.

En consecuencia, corresponde desestimar los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

1.5 Sobre la aplicación de lo dispuesto por el artículo 55° del RGIS

El artículo 55° del RGIS⁽¹⁷⁾- norma vigente al momento en que ocurrieron los hechos constitutivos de la infracción - dispone lo siguiente:

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

Cabe señalar que el régimen de beneficios previsto por el artículo 55° del RGIS refiere a una facultad del OSIPTEL, que puede ser ejercitada de modo discrecional por esta instancia, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo mencionado, tales como, la naturaleza de la infracción (no calificada como muy grave), la subsanación espontánea hasta el quinto día posterior a la fecha de notificación de la carta de imputación de cargos; y luego de haberse valorado elementos adicionales, tales como el comportamiento procesal de la parte, la idoneidad de la subsanación, la existencia de daño, el beneficio ilícito, la probabilidad de detección, entre otros.

Corresponde indicar que el incumplimiento del artículo 13° del Reglamento de Calidad, configura una infracción grave según lo dispuesto por dicha norma; asimismo, conforme se aprecia de la información obrante en el expediente del PAS y en el Expediente de Supervisión N° 00058-2012-GG-GFS, lo cual ha sido confirmado por la GFS en el Informe de Supervisión N° 981-GFS/2013, AMÉRICA MÓVIL corrigió los valores publicados en su página web en julio de 2012 (cuando empezó a calcular el

¹⁷ Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL, vigente desde el 05 de julio de 2013, se aprobó el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS), el cual dispone en la Única Disposición Complementaria Transitoria, que los procedimientos en trámite a la fecha de su entrada en vigencia, continuarán rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo en lo que les sean más favorable.



indicador de calidad TLLC a nivel de red), es decir, con anterioridad a la notificación de la carta de imputación de cargos.

En lo que se refiere al comportamiento procesal de AMÉRICA MÓVIL, debe advertirse que la corrección de la información en la página Web se efectuó sin mediar requerimiento alguno por parte del OSIPTEL, luego que dicha empresa operadora advirtiera de los errores en la etapa de supervisión.

Considerando lo anterior, y que en el presente caso, no se ha evidenciado la presencia de daño, ni de beneficio ilícito derivado de la infracción cometida, ni de intencionalidad en la comisión de la infracción; y que, asimismo, en cuanto a la probabilidad de detección, la verificación del cumplimiento de la obligación de publicación mensual de los resultados de los indicadores de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones en la página web de la empresa operadora, es efectuada periódicamente por la GFS, con lo cual, la probabilidad de advertir dicha situación por parte del OSIPTEL se realiza con la sola verificación de cumplimiento; correspondería aplicar a favor de AMÉRICA MÓVIL el régimen de beneficios previsto por el artículo 55° del RGIS, aplicándosele en el caso en particular una sanción de Amonestación por la comisión de la infracción tipificada por el artículo 13° del Reglamento de Calidad.

Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que la subsanación efectuada por AMÉRICA MÓVIL y la aplicación del mencionado régimen de beneficios, no exonera a dicha empresa de la responsabilidad por la comisión de la infracción que se le atribuye, tan solo de la multa correspondiente a la comisión de la infracción – 51 UIT-, precisamente en resguardo de los bienes jurídicos que son objeto de protección a través del Reglamento de Calidad y que pudieran haber sido afectados como consecuencia de la comisión de la infracción administrativa.

En atención a los hechos acreditados, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 55° del RGIS y en aplicación del Principio de Razonabilidad, corresponde sancionar a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con una Amonestación por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 13° del Reglamento de Calidad, al haber publicado de manera inexacta en su página Web el indicador de calidad Tasa de Llamadas Completadas (TLLC) del servicio de telefonía fija correspondiente al año 2011.

De acuerdo a 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, y en aplicación del artículo 55° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD-OSIPTEL;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- AMONESTAR a AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., por haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 13° del Reglamento de Calidad, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 040-2005-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, al haber publicado información inexacta del indicador de calidad TLLC para el servicio de telefonía fija en la modalidad de abonados en el año 2011; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.



Artículo 2º.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 3º.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión coordine con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme.

Regístrese y comuníquese.



JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Gerente General

