

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 527-2014-GG/OSIPTEL**

Lima, 24 de julio de 2014

EXPEDIENTE N°	:	00089-2013-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL S.A.C.

VISTO el Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (GFS) N° 357-GFS/2014 por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador iniciado a AMÉRICA MÓVIL S.A.C. (AMÉRICA MÓVIL), por la supuesta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 2° del Anexo 5 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, ante el incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 44°, 48° y 49° de la misma norma; así como, por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 12° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante carta C.2005-GFS/2013, notificada el 13 de diciembre de 2013, la GFS comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento de los artículos 44°, 48° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso; así como, de lo dispuesto por el artículo 12° del RGIS, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito. Dicha imputación se sustentó en el análisis contenido en el Informe de Supervisión N° 1233-GFS/2013 (Informe de Supervisión), de fecha 12 de diciembre de 2013, contenido en el expediente N° 00081-2013-GG-GFS, de acuerdo al siguiente detalle:

ARTÍCULO	CONDUCTA IMPUTADA
44° CDU	Doce (12) ¹ casos de interrupción del servicio de conmutación de datos por paquetes.
	Once (11) ² casos de interrupción del servicio Público Portador Local
	Ocho (08) ³ casos de interrupción del servicio de telefonía fija local
	Cuatro (04) ⁴ casos de interrupción del servicio de Comunicaciones Personales (PCS)
	Tres (03) ⁵ casos de interrupción del servicio de Radio Difusión por Cable
48° CDU	No comunicó al OSIPTEL la realización de tres (03) ⁶ trabajos de mantenimiento o mejora tecnológica dentro del plazo establecido
	No comunicó a sus abonados la realización de treinta y nueve (39) ⁷ trabajos de mantenimiento o mejora tecnológica dentro del plazo establecido

¹ Tickets N° 217058, 216915, 216562, 215041, 215357, 216158, 216559, 216384, 216387, 215623, 215626, 215695.

² Tickets N° 218987, 217059, 216916, 216563, 214562, 215040, 215042, 215358, 216560, 216388, 216385.

³ Tickets N° 216917, 216969, 216561, 216389, 216386, 215625, 215628, 215697

⁴ Tickets N° 217758, 218667, 216363, 217802

⁵ Tickets N° 215624, 215627, 215696

⁶ Tickets N° 214616, 214615, 214614

⁷ Tickets N° 216665, 216664, 216663, 215937, 215936, 215935, 215934, 215933, 215932, 215931, 215930, 215929, 215928, 215927, 215926, 215925, 215924, 215923, 215817, 215816, 215815, 215814, 215813, 215812, 215403, 215402, 215401, 214315, 214316, 214317, 214318, 214319, 215400, 215399, 215071, 215070, 215069, 214362, 214361

	No remitió al OSIPTEL documentación alguna en seis (06) ⁸ trabajos de mantenimiento correctivo de emergencia dentro del plazo establecido
49° CDU	No remitió dentro del plazo, las acreditaciones correspondientes a dos (2) ⁹ interrupciones reportadas como caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de su control
	En tres (03) ¹⁰ interrupciones no remitió acreditación alguna para acreditar el evento
12° RGIS	No haber entregado al OSIPTEL la información solicitada en la carta C.942-GFS/2013.

2. A través del escrito S/N, recibido el 20 de febrero de 2014, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.
3. Mediante carta C.560-GFS/2014, notificada el 14 de marzo de 2014, la GFS rectifica el error material contenido en la carta de imputación de cargos respecto al ticket N° 215997, debiendo considerarse como N° 215697; para lo cual le brinda a AMÉRICA MÓVIL un plazo de cinco (05) días hábiles para que remita sus descargos.
4. Con fecha 30 de abril de 2014, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 357-GFS/2014, el cual analiza los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL, y concluye que dicha empresa operadora incurrió en las infracciones tipificadas en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 44°, 48° y 49° de la misma norma; así como, en la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS.

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.

En el presente caso, de conformidad con lo expuesto en el Informe de Supervisión, la empresa AMÉRICA MÓVIL habría trasgredido lo establecido por el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que se verificó que incumplió con la obligación de prestar sus servicios de manera continua e ininterrumpida, en un total de treinta y ocho (38) tickets, que afectaron sus servicios de telefonía fija local, conmutación de datos por paquetes, portador público local, radiodifusión por cable y servicio de comunicaciones personales, durante el segundo trimestre del año 2012.

Respecto al artículo 48° del TUO de las Condiciones de Uso, AMÉRICA MÓVIL no habría comunicado a OSIPTEL en el plazo establecido la realización de tres (03) trabajos de mantenimiento o mejora tecnológica; asimismo, no habría comunicado a sus abonados, dentro del plazo establecido, la realización de treinta y nueve (39)

⁸ Tickets N° 215697, 215696, 215695, 215628, 215627, 215626

⁹ Tickets N° 215470, 215471

¹⁰ Tickets N° 215623, 215624, 215625

trabajos de mantenimiento o mejora tecnológica; finalmente, en seis (06) trabajos de mantenimiento correctivo de emergencia no habría remitido ningún tipo de acreditación al OSIPTEL.

Asimismo, según señala el Informe de Supervisión, AMÉRICA MÓVIL habría trasgredido lo establecido por el artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que se habría verificado que en el caso de dos (02) interrupciones reportadas no remitió la acreditación dentro del plazo establecido; y en tres (03) interrupciones reportadas no remitió la acreditación correspondiente, según lo previsto en la referida norma para el caso de las interrupciones reportadas como caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de su control.

Cabe señalar que los incumplimientos de lo dispuesto por los artículos 44°, 48° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso, se encuentran tipificados como infracciones leves en el artículo 2°⁽¹¹⁾ del Anexo 5 de la misma norma.

De otro lado, se imputa a AMÉRICA MÓVIL el incumplimiento de lo establecido en el artículo 12°⁽¹²⁾ del RGIS que establece lo siguiente:

Artículo 12.- La empresa que incumpla con la entrega de información obligatoria incurrirá en infracción grave.

De acuerdo a lo expuesto en el Informe de Supervisión, mediante comunicación C.608-GFS/2013, notificada el 26 de abril de 2013, la GFS solicitó a AMÉRICA MÓVIL remitir en el plazo de quince (15) días información obligatoria, la misma que no habría sido presentada. Dicho requerimiento fue reiterado mediante comunicación C.942-GFS/2013, notificada el 18 de junio de 2013, que otorgó el plazo perentorio de siete (07) días hábiles a fin que presente la información obligatoria. Pese a que el plazo de entrega venció el 01 de julio de 2013, AMÉRICA MÓVIL no cumplió con presentar dicha información, configurándose la infracción prevista por el artículo mencionado.

Por lo expuesto, 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⁽¹³⁾, 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. Cuestión Previa

De manera previa al análisis de los descargos expuestos por AMÉRICA MÓVIL, es preciso pronunciarnos acerca del Ticket N° 215997. Sobre el mismo, la empresa operadora indica que debe ser excluido del presente PAS en tanto no ha formado

¹¹ Artículo 2°.- Infracciones leves

Constituyen infracciones leves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: (...), 44 (...), 48, 49 (...).

¹² Disposición recogida de manera similar en el artículo 7° del RFIS.

¹³ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.

parte de los registros realizados por su representada en el SISREP, en ese sentido, debe considerarse que para el servicio de telefonía fija local debe considerarse sólo siete (7) tickets y no ocho (8), como imputó la GFS.

Sobre el particular, se tiene que con carta C.560-GFS/2014, notificada el 14 de marzo de 2014, la GFS rectifica el error material contenido en la carta de imputación de cargos respecto al ticket N° 215997, debiendo considerarse como N° 215697; para lo cual le brinda a AMÉRICA MÓVIL un plazo de cinco (05) días hábiles para remita sus descargos, a fin que no se vulnere su derecho de defensa. Cabe resaltar que dicho error material se dio sólo en la carta de intento de sanción más no en el Informe de Supervisión N° 1233-GFS/2013, que fue notificado junto a dicha carta.

En ese sentido, al tratarse de un error material, de transcripción o de redacción del documento, en otras palabras, un error atribuible no a la manifestación de voluntad o razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene (MORÓN, 2011), y que dicho error no modifica ni altera su contenido, debe entenderse que el ticket imputado es el N° 215697 y no el N° 215997, de conformidad con lo señalado en el artículo 201° de la LPAG.

Por ello que no resulta válido que AMÉRICA MÓVIL pretenda excluir el ticket N° 215997 del presente PAS, siendo que tenía conocimiento de la rectificación efectuada oportunamente por la GFS, tal como consta en el cargo de notificación de la carta C.560-GFS/2014, del 14 de marzo de 2014; sin embargo la empresa operadora, no ejerció su derecho de defensa respecto a dicho ticket. Por tanto, corresponde desestimar los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

2. Análisis de los descargos

En el escrito de descargo presentado el 20 de febrero de 2014, AMÉRICA MÓVIL cuestionó el PAS en los siguientes términos:

a) Respecto al artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso:

- (i) No existen parámetros objetivos para determinar cuándo una interrupción es sancionable de acuerdo al artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que el Principio de Continuidad no significa permanencia ni perfección del servicio sino regularidad.
- (ii) Se estaría vulnerando el Principio de Tipicidad, en tanto que el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso no recoge con precisión suficiente la conducta infractora.
- (iii) La obligación de continuidad del servicio requiere para ser incumplida que exista intencionalidad.
- (iv) Se habría valorado indebidamente las acreditaciones presentadas respecto a las interrupciones originadas por “Causas Externas”.
- (v) El OSIPTEL estaría requiriendo un estándar elevado de diligencia para los casos de robo/vandalismo.

b) Respecto al artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso:

- (vi) Afirma que hay un exceso de punición puesto que se pretendería sancionar por el artículo 44° y 49° al mismo tiempo.
- c) Respecto al artículo 48° del TUO de las Condiciones de Uso:
 - (vii) Remite nuevos medios probatorios para eximirse de responsabilidad administrativa.
- d) Respecto al artículo 12° del RGIS:
 - (viii) Manifiesta que hay una imposibilidad material para cumplir con lo solicitado.
- e) No está de acuerdo con las evaluaciones trimestrales de la GFS en tanto dicho método no es acorde con el actuar habitual de la GFS, ni respetuosa de los derechos de los administrados.

2.1. Sobre el incumplimiento del artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso

El presente PAS se inició contra AMÉRICA MÓVIL al imputársele el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, norma que establece lo siguiente:

Artículo 44°.- Continuidad del servicio

La empresa operadora está obligada a cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida, sujetándose a lo establecido en la presente norma.

De acuerdo con lo dispuesto en el referido artículo 44°, las empresas operadoras se encuentran obligadas a prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida. En ese sentido, para determinar qué se entiende por prestación de un servicio en forma ininterrumpida en el marco de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo a la obligación prevista en el TUO de las Condiciones de Uso, se debe acudir a la definición sobre interrupción consignada en el Glosario de Términos de la mencionada norma, el cual establece que se configura una interrupción del servicio, cuando se presenta una incapacidad, ya sea de manera total o parcial, que dificulte o imposibilite su prestación, la cual debe ser caracterizada por un inadecuado funcionamiento de uno o más elementos de red.

En el presente caso, se le imputó a AMÉRICA MÓVIL la responsabilidad por la ocurrencia de treinta y ocho (38) tickets. De los cuales:

- ✓ 19 tickets fueron registrados en el SISREP como “No Excluyentes”, es decir, asume la responsabilidad por la ocurrencia de tales interrupciones.
- ✓ 06 tickets fueron registrados como “Mantenimiento correctivo de emergencia”, sin embargo, no remitieron las acreditaciones a efectos de demostrar que las interrupciones se originaron por dicha causa.
- ✓ 13 tickets fueron registrados como “Causa Externa”, de las cuales, en tres (03) casos no presentó ningún tipo de acreditación y en las restantes diez (10) interrupciones, las acreditaciones presentadas fueron declaradas improcedentes por la GFS.

Sobre la continuidad del servicio

AMÉRICA MÓVIL sostiene que el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso no cuenta con parámetros cuantitativos o criterios objetivos, que determinen la duración de la interrupción y/o el ámbito que comprende la misma, de manera que se permita identificar cuándo ciertas interrupciones del servicio califican como una infracción administrativa. En otras palabras, indica que dicho artículo por sí solo no cumple con la exigencia de describir de manera precisa la conducta infractora.

Agrega que el OSIPTEL tiene como premisa que “el servicio sea perfecto en todo el sentido de la palabra”, sin tener en cuenta las situaciones reales que generan la imposibilidad absoluta de que el servicio sea prestado siempre de manera continua.

Añade que, respecto a la prestación de los servicios públicos en general, la doctrina no apuesta por un esquema de perfección o de intolerancia absoluta respecto a la permanencia de la capacidad de su prestación sino por la existencia de determinados estándares mínimos, que consideran ciertos niveles tolerables o permitidos en los que pueda producirse la interrupción.

Al respecto, es oportuno señalar en primer término que, los servicios brindados por la referida empresa constituyen un servicio público de telecomunicaciones, y como tal, conforme lo señala GUZMAN NAPURÍ se encuentra sujeto a una regulación “intensa”⁽¹⁴⁾. De conformidad a ello, en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso y la definición contenida en el Glosario de Términos de dicha norma, se reconoce que la prestación del servicio público de telecomunicaciones debe ser continua e ininterrumpida.

Contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, el TUO de las Condiciones de Uso no asimila el concepto de continuidad en la prestación del servicio dentro de un esquema de “tolerancia cero” o “intolerancia absoluta”, conforme ha sido reafirmado en reiterativos pronunciamientos del OSIPTEL⁽¹⁵⁾ la normativa reconoce que se produzcan interrupciones eximentes de responsabilidad de manera excepcional por mantenimientos o mejoras tecnológicas y por caso fortuito, fuerza mayor y otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora. En efecto, los artículos 48 y 49° del TUO de las Condiciones de Uso establecen de manera expresa los supuestos de carácter excepcional en los cuales el servicio puede verse interrumpido sin que las empresas operadoras incurran en responsabilidad.

En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos antes indicados corresponde desvirtuar las afirmaciones efectuadas por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

Sobre la supuesta vulneración del Principio de Tipicidad

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la tipificación del artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso no es precisa ni exhaustiva; asimismo, señala que la norma incurre en una inadecuada e incompleta tipificación, toda vez que no incorpora los elementos completos del tipo infractor. Agrega que la norma contiene una tipificación

¹⁴ Para Christian GUZMAN NAPURÍ, “Un servicio público no lo es por el hecho de que sea prestado y ofrecido por el Estado (...); ni tampoco por su propia naturaleza, sino más bien por decisión del Estado, al considerar que, por su importancia, dicha actividad requiere de una regulación intensa.” (Subrayado agregado). Revista Jurídica del Perú, Normas Legales, Tomo 85, Marzo 2008, Lima, pág. 85.

¹⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 185-2012-CD/OSIPTEL, Resolución de Consejo Directivo N° 097-2013-CD/OSIPTEL, entre otros.

genérica y ambigua, ya que presenta una fórmula abierta que no determina con exactitud cuándo se produce una interrupción del servicio y cuándo ésta constituye una infracción sancionable.

Sobre el particular, respecto al Principio de Tipicidad, sin perjuicio del desarrollo en líneas posteriores, hacemos referencia a lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, en el que se precisa lo siguiente:

“Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje” (CURY URZUA: Enrique: La ley penal en blanco. Temis, Bogotá, 1988, p. 69).”

El artículo 2º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso establece que constituye infracción leve el incumplimiento por parte de la empresa operadora del artículo 44º de la citada norma.

De otro lado, el artículo 44º de las Condiciones de Uso establece que *“La empresa operadora está obligada a cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida, sujetándose a lo establecido en la presente norma”*, y en el Anexo 1 del Glosario de Términos de la referida norma se establece la definición sobre interrupción del servicio como la *“incapacidad total o parcial que imposibilite o dificulte la prestación del servicio, caracterizada por un inadecuado funcionamiento de uno o más elementos de red”*.

Asimismo, la Exposición de Motivos de las Condiciones de Uso, hace referencia al deber de prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida, precisando los alcances de dicha obligación y haciendo referencia a algunos supuestos a modo de ejemplo:

“De acuerdo con dicha definición, se ha establecido que se incumplirá con la obligación de continuidad en la provisión del servicio -y por ende se considerará un supuesto de interrupción de aquél-, cuando se produzca una incapacidad total o parcial para la prestación del servicio; esto es, que se imposibilite o dificulte por ejemplo, entre otros supuestos, el establecimiento de comunicaciones por parte de los abonados y/o usuarios, y que esto obedezca a un inadecuado funcionamiento de algún elemento de la red. De esta manera, será considerada interrupción del servicio, entre otros, la imposibilidad absoluta en el establecimiento de comunicaciones entre los abonados y/o usuarios, así como aquellos casos de averías masivas o degradación de los recursos de red que afecten el establecimiento de las comunicaciones o la prestación del servicio contratado, en cualquier ámbito geográfico de la red.”
(Énfasis agregado)

Cabe indicar que, al ser el Principio de Tipicidad una exigencia para el operador jurídico al momento de proceder a calificar determinadas acciones u omisiones como constitutivas de infracción administrativa, la discusión sobre una posible afectación a la obligación de continuidad debe centrarse inicialmente en la determinación del tipo que sustenta la infracción que se imputa, pues es a partir de la concreción detallada y precisa del mismo que, resultará posible enlazar a éste la correspondiente consecuencia jurídica.

En lo que se refiere al presente caso, –a diferencia de lo señalado por AMÉRICA MÓVIL- se observa que el OSIPTEL ha regulado de manera explícita de qué modo se incumplirá con la obligación de continuidad en la provisión, no estableciendo parámetro alguno de tiempo o cantidad, en tanto que la sola ruptura de la continuidad implica una interrupción del servicio. En ese sentido, se verifica que no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad.

Sobre el requisito de la intencionalidad como parte del tipo infractor

AMÉRICA MÓVIL sostiene que según lo previsto en el “Método para la evaluación del cumplimiento de las obligaciones de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones” (Método de evaluación), aprobado por Decreto Supremo N° 036-2010-MTC, la obligación de continuidad del servicio a cargo de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones requiere para ser incumplida de la intencionalidad.

AMÉRICA MÓVIL señala que forman parte del Método de evaluación aquellas obligaciones recogidas en las Condiciones de Uso, cuyo incumplimiento haya sido calificado como infracción administrativa, como el caso de la obligación de continuidad del servicio. La mencionada empresa sostiene que en dicho documento la continuidad del servicio se refiere a la operación de la red en sí misma; adicionalmente considera que se desprende claramente que para incumplir esta obligación se requiere interrumpir intencionalmente la operación de la red, es decir, que el operador de telecomunicaciones actúe con conciencia y voluntad al momento de realizar un acto tendiente a producir una interrupción.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL argumenta que el tipo punitivo previsto en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, únicamente podrá ser aplicado considerando un elemento adicional que sería el elemento subjetivo de intencionalidad, el cual habría sido incorporado por una norma legal de mayor jerarquía que las Condiciones de Uso; y que dicho elemento subjetivo no se habría verificado en ninguna de las interrupciones materia del presente PAS, ya que -a decir de AMÉRICA MÓVIL- no se habría interrumpido de manera intencional el servicio.

Sobre el particular, se debe tener en cuenta lo que establece el numeral 18. del Método de evaluación, de cuya lectura se aprecia que no es correcto considerar que a través de dicho método se estaría estableciendo que se debe verificar la intencionalidad de las empresas operadoras para que se configure la infracción de lo establecido en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, en la medida que del referido Método se infiere que éste no incorpora nuevos supuestos en las obligaciones que se debe evaluar, sino que se refiere a obligaciones ya establecidas en las normas y disposiciones del sector, cuya evaluación se realiza en el marco de las mismas.

Por lo expuesto, se desvirtúa el argumento planteado por la empresa operadora en este extremo.

Sobre la exigencia de un estándar elevado de diligencia

AMÉRICA MÓVIL sostiene que el OSIPTEL le estaría exigiendo un estándar elevado de diligencia en la medida que habría desplegado toda la actividad necesaria y debida para mitigar las caídas de servicio.

Agrega que, sin importar las medidas que se tomen y por más elevado que sea el estándar de diligencia, es imposible tener toda falla o evento bajo control y pretender que éstas jamás generen una interrupción del servicio, especialmente porque las fallas pueden presentarse en cualquier momento y por distintas causas, por lo que pueden requerir distintas reacciones y soluciones.

Con relación a lo señalado, la doctrina considera que la diligencia debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor, siendo que en algunos casos, para agentes que desarrollan actividades que requieren autorización administrativa y que suponen la asunción de obligaciones singulares, el nivel de diligencia exigido debe ser superior.

Sobre el particular, es preciso señalar que el nivel de diligencia exigido a las empresas que brindan el servicio de telecomunicaciones debe ser alto, puesto que la naturaleza del servicio que se presta implica un conocimiento especializado sobre el mismo, dadas las exigencias técnicas y legales del sector¹⁶, y opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado.

No obstante, existen situaciones excepcionales, como se mencionó anteriormente, en las cuales la empresa operadora puede eximirse de responsabilidad por la interrupción del servicio. En el presente caso, AMÉRICA MÓVIL no ha presentado ninguna información que permita verificar que se encuentra inmerso en las excepciones señaladas.

En consecuencia, como concesionario para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, se espera que AMÉRICA MÓVIL 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 de dicho cumplimiento obedezca a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control.

Sobre los tickets registrados como “Causa Externa” y la supuesta indebida valoración de las pruebas por parte del OSIPTEL

La empresa operadora sostiene que la GFS ha realizado un análisis inadecuado de las acreditaciones presentadas por su representada respecto a las interrupciones originadas por causas externas y por ende fuera de su control.

En esa línea, sostiene AMÉRICA MÓVIL que las acreditaciones presentadas por los diez (10) casos de interrupción catalogados como “Causa Externa”, resultan ser suficientes para eximirse de su responsabilidad y en consecuencia, no sancionarlos.

Respecto a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, es preciso indicar que el artículo 49º del TUO de las Condiciones de Uso regula los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de control, que de manera excepcional pueden suscitarse y ocasionar una interrupción del servicio y, en cuyo caso no se atribuye a la

¹⁶ Acorde con lo señalado por DE PALMA DEL TESO en el artículo “El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador” publicado en Tecnos en 1996.

“El grado de diligencia que se impone desde el Derecho Sancionador Administrativo estará en función de diversas circunstancias: a) tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deban ser desarrolladas por profesionales en la materia; o c) actividades que requieran previa autorización administrativa, lo que supondría no sólo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia”.

empresa operadora la responsabilidad por tales hechos, siendo que no obedecen a un incumplimiento de su obligación de continuidad.

Debe indicarse que para considerar la ocurrencia de un determinado evento como fuera de control de la empresa operadora, ésta deberá haber actuado con la mayor diligencia posible en atención a las circunstancias particulares del caso, para lo cual se requiere que el hecho externo que determina la inejecución de la obligación sea, extraordinario, imprevisible e irresistible.

En efecto, es importante acotar que las obligaciones que se derivan de los artículos 44º y 49º del TUO de las Condiciones de Uso, buscan que en su condición de empresa concesionaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, adopte las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a lo exigido y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde, obedezca a razones que, indubitablemente, se hallen fuera de su posibilidad de control.

Al respecto, como se indicó anteriormente, el presente PAS se inició a AMÉRICA MÓVIL por la ocurrencia de treinta y ocho (38) interrupciones registradas en el SISREP; de los cuales, diecinueve (19) casos fueron registrados por la empresa operadora como “No Excluyentes”, es decir, asume la responsabilidad por la ocurrencia de tales interrupciones; seis (06) casos fueron registrados como “Mantenimiento Correctivo de Emergencia”; y trece (13) interrupciones se registraron como “Causa Externa”, de las cuales, en tres (03)¹⁷ casos no presentó ningún tipo de acreditación y en las restantes diez (10) interrupciones, las acreditaciones presentadas fueron declaradas improcedentes por la GFS.

Sobre estas diez (10) interrupciones, se consignó en el SISREP que fueron producto de: rotura de fibra óptica, ocurrencia de circunstancias fuera de su control y causadas por la interrupción en los enlaces que les provee la empresa Telefónica del Perú S.A.A., debido a circunstancias fuera de su control y causadas por la interrupción en los enlaces satelitales arrendados a su proveedor satelital, y robo de fibra óptica y/o equipos; las cuales están homologadas en las siguientes “causas: “Daños/Vandalismo”¹⁸, “Falla en servicio de portador o circuito arrendado”¹⁹ y “Robo/Hurto”²⁰. Asimismo, AMÉRICA MÓVIL a fin de acreditar que tales eventos efectivamente se produjeron remitió a la GFS los siguientes documentos: **“Constatación policial”, “Log de alarma”, “Correo electrónico”, “informe técnico” y “Petición de prorroga”**.

Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación
Correo electrónico	El correo electrónico cursado entre ambas empresas operadoras es un medio probatorio que permite determinar que la interrupción se debió a problemas en la red de la empresa proveedora del servicio portador.
Constatación policial	Este tipo de documentación permite acreditar que la interrupción se debió a un daño/vandalismo debido a que han sido verificados IN SITU por la autoridad policial competente, por lo que dicha documentación permite determinar la causa de la interrupción.
Denuncia Policial	Este tipo de documentación no permite acreditar que la interrupción se debió al evento reportado debido a que han no ha sido verificados IN SITU por la autoridad policial competente, por lo que dicha documentación no permite determinar los hechos que conllevan a la interrupción.

¹⁷ Tickets N° 215623, 215624 y 215625

¹⁸ Tickets N° 214549, 215459, 215460, 215470, 215471, 216562, 216563, 216915, 216916, 216917

¹⁹ Tickets N° 217758, 218667

²⁰ Tickets N° 218987

Si bien los documentos presentados por AMÉRICA MÓVIL permiten acreditar que las interrupciones se debieron a “Daños/Vandalismo”, “Falla en servicio portador o circuito arrendado” y “Robo/Hurto”. Corresponderá evaluar, a efectos de determinar la responsabilidad por la afectación a la prestación del servicio continuo, la diligencia de la empresa operadora antes, durante y después de la ocurrencia de situaciones de caso fortuito, fuerza mayor, u otras circunstancias fuera de su control que hayan originado la afectación a la prestación del servicio de manera ininterrumpida; en consonancia con la comunicación C.106-GFS/2008, del 07 de febrero de 2008, en donde se puso en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL los criterios adoptados por la GFS a efectos de evaluar las interrupciones del servicio y la actuación diligente de la empresa operadora.

Sobre lo indicado, es preciso resaltar que se viene siguiendo el criterio establecido por el Consejo Directivo respecto a que *“solo puede aceptarse como causal eximente de responsabilidad el caso fortuito o la fuerza mayor, en la medida que el obligado (...) demuestre haber actuado con la diligencia debida”*⁽²¹⁾. Asimismo, cabe señalar que los eventos alegados como causales de las interrupciones presentadas –como *Falla elemento de red, entre otros*–, no son eventos que no hayan podido ser razonablemente previstos por AMÉRICA MÓVIL, ni son inusuales o extraordinarios⁽²²⁾.

A partir de lo anteriormente indicado, a continuación se efectuará el análisis respecto a las interrupciones reportadas por AMÉRICA MÓVIL:

- **Ticket N° 218987 (Robo/Hurto)**

AMÉRICA MÓVIL señala que el evento registrado a través del Ticket N° 218987, se generó por el Robo/Hurto de un elemento de Red de Acceso, el día 29 de junio de 2012, afectando el servicio portador local. Dicho evento fue acreditado mediante la remisión de una Constatación Policial.

Al respecto, como ya se ha mencionado líneas arriba, la Constatación Policial genera certeza de la ocurrencia del hecho (robo de fibra óptica) que vulneró el principio de continuidad en la prestación del servicio portador local; sin embargo, y tal como se indica en el Informe de Supervisión, AMÉRICA MÓVIL no habría actuado con la diligencia debida en tanto no habría remitido información sobre los mecanismos de previsión adoptados a fin de evitar estos eventos, ni las medidas adoptadas a fin de impedir que éstos vuelvan a ocurrir.

En efecto, como agente especializado y con larga experiencia dentro del sector, AMÉRICA MÓVIL conoce que las interrupciones de la casuística Robo/Hurto (fibra óptica) ocurren eventualmente; por tanto, debió haber implementado acciones para evitarlas. A modo de ejemplo podría haber colocado algún tipo de elemento redundante para su red de transporte o colocar mayor protección en sus postes o en sus cámaras subterráneas, entre otras medidas que sólo podrán ser definidas por la propia empresa operadora de acuerdo a lo que pondere dentro de sus prioridades.

²¹ Resolución de Consejo Directivo N° 001-2009-CD/OSIPTEL.

²² Osterling Parodi define a lo extraordinario de la siguiente manera: “Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual”. OSTERLING PARODI, Felipe. Inejecución de Obligaciones. En: Para Leer el Código Civil. Tomo I. Novena Edición. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1990. P.125.

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

• **Tickets N° 216915, 216916, 216917, 216562, 216563, 217059 y 217058 (Daño/Vandalismo)**

AMÉRICA MÓVIL señala que los tickets N° 216915, 216916, 216917, 216562, 216563, fueron catalogados como Daño/Vandalismo, y generaron la interrupción de los servicios de telecomunicaciones el día 18 de mayo de 2012, afectando el distrito del Callao.

Los cinco (05) eventos fueron acreditados mediante “Constataciones Policiales”, que si bien genera certeza de la ocurrencia del hecho (rotura de fibra óptica) que vulneró el principio de continuidad en la prestación de los servicios de portador local, telefonía fija y conmutación de datos por paquetes; conforme a lo señalado por la GFS en el Informe de Supervisión, AMÉRICA MÓVIL no habría actuado con la diligencia debida en tanto no habría implementado medidas que permitan evitar y/o aminorar los efectos de la interrupción, de acuerdo al siguiente detalle:

Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación (Ex - ante)
Diagrama de red-vandalismo-red acceso.(ex-ante)	El diagrama nos permite verificar, los elementos que forman parte de la red afectada, asimismo nos permite visualizar el punto y/o tramo donde ocurrió la afectación del servicio, <u>sin embargo no es posible verificar los mecanismos y/o protección sobre los elementos afectados</u>
No remitió previsión-vandalismo-red acceso.(ex-ante)	La EO no remite información sobre los mecanismos de previsión ante estos eventos (Ex - ante)
Diagrama de red-vandalismo-red transporte.(ex-ante)	El diagrama muestra los elementos que forman parte de la red afectada, asimismo nos permite visualizar el punto y/o tramo donde ocurrió la afectación del servicio, <u>sin embargo no es posible verificar los mecanismos de respaldo propio o contratado</u>
Red de respaldo-vandalismo-red transporte.(ex-ante)	La información describe el medio de transporte utilizado por la EO (F.O), tipo de tecnología (Ethernet), capacidad total instalada (1 GigaEthernet), sin embargo la EO no remitió información sobre los mecanismos de previsión y/o respaldo ante estos eventos. (vg. sistema de respaldo propio o contratado) y que se encuentren operativos durante la interrupción (vg. log de alarmas de los equipos que conmutaron a la red de respaldo ²³)
Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación (Durante)
Informe Técnico-vandalismo-red acceso.durante	La documentación señala la causa que originó la falla, asimismo indica la ubicación del elemento afectado, el tipo de red afectado, la fecha y hora de inicio y fecha y hora fin del evento y los procedimientos realizados para el restablecimiento de los servicios afectados.
No remitió tráfico-vandalismo-red acceso.durante	La EO no remitió el registro de tráfico cursado de cada elemento de red afectado durante el evento de interrupción.
Informe Técnico-vandalismo-red transporte.durante	La documentación señala la causa que originó la falla, asimismo indica la ubicación del elemento afectado, el tipo de red afectado, la fecha y hora de inicio y fecha y hora fin del evento y los procedimientos realizados para el restablecimiento de los servicios afectados.
No remitió tráfico-vandalismo-red transporte.durante	La EO no remitió el registro de tráfico cursado de cada elemento de red afectado durante el evento de interrupción.
Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación (Ex – Post)
Informe Técnico-vandalismo-red acceso.(ex-post)	La EO señala que como medidas adoptadas realizaron las coordinaciones con sus proveedores de servicio para el restablecimiento del servicio afectado e indican que se realizaron trabajos de mantenimientos preventivos a sus elementos de red de sus sistemas afectados

Como se puede observar, AMÉRICA MÓVIL, no presentó medios probatorios que logran generar convicción de su diligencia debida antes, durante y después de producidas las interrupciones.

Respecto a los Tickets N° 217059 y 217058, AMÉRICA MÓVIL a fin de acreditar la causa externa que originó tales interrupciones, presentó una “Denuncia Policial”, la misma que fue declarada improcedente por la GFS, toda vez que este tipo de documentación no permite acreditar que la interrupción se debió al evento reportado (Daños/Vandalismo) debido a que no ha sido verificados IN SITU por la autoridad

²³ Registro de activación (**Log de alarma**) a la red de respaldo de los elementos de red que fueron afectados durante las interrupciones.

policial competente, por lo que dicha documentación no permite determinar los hechos que conllevan a la interrupción.

En ese sentido, se desvirtúan los argumentos de la empresa operadora en este extremo del PAS.

- **Tickets N° 217758 y 218667 (Falla en Servicio de Portador o Circuito Arrendado)**

AMÉRICA MÓVIL señala que las interrupciones se produjeron el 10 y 20 de junio de 2012, y que ambas afectaron el servicio de Comunicaciones Personales (PCS) y que la causa externa que ocasionó tales eventos obedecieron a una falla de su proveedor Satelital SATMEX.

Agrega que procurarse un sistema de respaldo para garantizar la continuidad del servicio prestado a través de una red satelital, implicaría proveerse de dicho servicio a través de dos satélites distintos, lo cual se traduciría en pérdidas ingentes para la empresa operadora.

Al respecto se tiene que AMÉRICA MÓVIL, a efectos de acreditar la ocurrencia de la interrupción por causa ajena, presentó un correo electrónico dirigido a la Gestión Técnica de Clientes Fijas Perú de TELEFÓNICA DEL PERÚ. En ese sentido, si bien el correo electrónico acreditaría que las interrupciones se debieron a “Fallas en servicio portador o circuito arrendado”, es necesario verificar si la empresa operadora tuvo una diligencia debida a fin de mantener el servicio operativo. A esos efectos, la GFS evaluó la documentación presentada conforme al siguiente detalle:

Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación (Ex - ante)
Red de respaldo-portador.(ex-ante)	La información describe el medio de transporte utilizado por la EO (F.O y microondas), tipo de tecnología (SDH, CWDM), capacidad total instalada (E1's, STM-1) , capacidad máxima contratada (E1's,STM-1) y capacidad de red de respaldo en (E1's, STM-1)
Diagrama de red-portador.(ex-ante)	El diagrama muestra, los elementos que forman parte de la red afectada, sin embargo no indica el punto y/o tramo donde ocurrió la afectación del servicio.
Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación (Durante)
Informe Técnico-Portador.durante	La documentación señala la causa que originó la falla, asimismo indica la ubicación del elemento afectado, el tipo de red afectado, la fecha y hora de inicio y fecha y hora fin del evento y los procedimientos realizados para el restablecimiento de los servicios afectados.
Log de alarma-Portador.durante	Este tipo de documentación permite verificar la fecha y hora de inicio, y, fecha y hora de fin de la interrupción; así como el elemento de red afectado. Al respecto de la información remitida por la EO es posible verificar la interrupción del servicio prestado.
Trafico-Portador.durante	Este tipo de grafico nos permite verificar la fecha y hora de inicio, y, fecha y hora de fin de la interrupción; así como el servicio afectado. Al respecto de la información remitida por la EO es posible verificar la interrupción del servicio prestado.
Circuitos afectados-Portador.durante	Este tipo de documentación permite verificar la cantidad de circuitos afectados: en E1s, entre el tramo origen y el tramo destino de la red de enlace de la EO
Documentos presentados por la EO	Detalle de la evaluación (Ex – Post)
Informe técnico-Portador.(ex-post)	La EO señala que como medidas adoptadas realizaron las coordinaciones con sus proveedores de servicio para el restablecimiento del servicio afectado e indican que se realizaron trabajos de mantenimientos preventivos a sus elementos de red de sus sistemas afectados

En ese sentido, a pesar que AMÉRICA MÓVIL señala que contaba con mecanismos de previsión y/o respaldo²⁴, de acuerdo al análisis de tráfico efectuado por la GFS, éstos no funcionaron, toda vez que fue interrumpido el servicio de

²⁴ Remitida mediante comunicación DMR/CE-MF/N°659/13, recibida el 22 de mayo de 2013 (Ex Ante)

Comunicaciones Personales (PCS), lo cual demuestra una actuación no diligente por parte de la empresa operadora.

No obstante, en virtud de la información remitida por AMÉRICA MÓVIL en su carta N° DMR/CE-MF/N° 659/13 recibida con fecha 22 de mayo de 2013, se verifica que la empresa operadora solo contaba con respaldo para el ticket 218667 (fibra óptica y tecnología PDH) y que la casuística para la interrupción reportada con ticket 217758 era distinta (sólo contaba con un Satélite).

Ticket SISREP	EMPRESA/ ARRENDADOR	ENLACE/ Tramo de (Origen)	ENLACE/ Tramo Hacia (Destino)	SEGMENTO	Tipo (ruta principal / ruta de respaldo)	MEDIO DE TRANSPORTE (F.O, Microonda, Sat)	TIPO DE TECNOLOGIA: DWDM, ETH, PDH, SDH
217758	SATMEX	Lima	Iquitos	-	Ruta Principal	SAT	PDH
218667	TELEFONICA DEL PERU	Ricardo Palma	Matucana	-	Ruta Principal	F.O.	PDH

En ese sentido, de conformidad con el Principio del debido procedimiento, establecido en el numeral 1.2. del artículo IV del Título preliminar de la LPAG, el mismo que dispone que *“los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho”*, se debe archivar el presente PAS en el extremo concerniente al ticket 217758, dado que la motivación expuesta para dicha interrupción no tomó en cuenta el origen exacto del evento ni la información alcanzada por la empresa operadora.

2.2. Sobre el incumplimiento del artículo 49° de las Condiciones de Uso

AMÉRICA MÓVIL sostiene que de la lectura del artículo 49° no se desprende en ningún momento que sea válido interpretar para efectos del ejercicio de la potestad sancionadora, dos tipos de infracción o dos supuestos de hecho. En ese sentido, habría un exceso de punición por parte del OSIPTEL al pretender sancionarla por el artículo 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso al mismo tiempo.

Sobre el particular, conforme a lo establecido en el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, las empresas operadoras tienen la obligación de prestar el servicio de manera ininterrumpida, salvo que se encuentren inmersos en los supuestos de excepción establecidos en la misma norma.

Precisamente el artículo 49°²⁵ del TUO de las Condiciones de Uso, regula uno de dichos supuestos de excepción, al establecer que las interrupciones pueden

²⁵ Artículo 49°.- Interrupción del servicio por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora

En caso de interrupción del servicio por caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, ésta deberá actuar con la diligencia debida. Asimismo, la empresa operadora deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

- (i) Comunicar y acreditar tales eventos a OSIPTEL, dentro del plazo establecido en sus respectivos contratos de concesión, de ser el caso, o comunicar dichos eventos dentro del día hábil siguiente de producida la causa y acreditar dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa.
- (ii) Presentar un cronograma y plan de trabajo a OSIPTEL para reparar y reponer el servicio, cuando la interrupción supere las setenta y dos (72) horas. Dicho cronograma deberá ser presentado dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa, debiendo sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

producirse por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora. No obstante, para encontrarse en la excepción prevista en el referido artículo, la empresa operadora no solo debe reportar la interrupción en el SISREP como evento producido por caso fortuito, fuerza mayor u otra causa fuera de su control, sino también debe acreditar tal evento, así como la adopción de la debida diligencia ante el OSIPTEL.

Por ello, lo alegado por AMÉRICA MÓVIL carece de fundamento en la medida que si la empresa no logra acreditar los eventos reportados como fortuitos, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de su control, se concluye que la misma incumplió con su obligación de prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida, es decir, con el artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso.

Es decir, no se sanciona por ambos artículos de manera automática, sino que se realiza un examen de las circunstancias del caso en particular y se evalúa la procedencia de los medios probatorios y si los mismos fueron presentados en su oportunidad, a fin de determinar si corresponde la imposición de la sanción por ambos artículos.

En el presente caso, la GFS verificó que AMÉRICA MÓVIL: a) no remitió dentro del plazo establecido las acreditaciones correspondientes a dos (02)²⁶ interrupciones reportadas como caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de su control (correspondientes a los Tickets N° 215470 y 215471), y b) no comunicó al OSIPTEL ni remitió las acreditaciones correspondientes dentro del plazo establecido respecto de tres (03) interrupciones reportadas bajo la misma causa (correspondientes a los Tickets N° 215623, 215624 y 215625).

Por tanto, si bien en el primer caso remitió las acreditaciones fuera de plazo, éstas fueron declaradas improcedentes en tanto no demostraron una actuación diligente antes, durante y después de producidas las interrupciones. En el segundo caso, no presentó ningún tipo de acreditación que demuestre que los eventos se suscitaron por causas fuera del control de AMÉRICA MÓVIL; en consecuencia no se encontraría dentro del supuesto establecido en el mencionado artículo 49º.

En ese sentido, siguiendo a lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 094-2014-CD/OSIPTEL, del 17 de julio de 2014, “si la administración considera y concluye que la empresa no se encuentra en el supuesto de excepción del artículo 49º del TUO de las Condiciones de Uso, no se podría imputársele alguna infracción vinculada al incumplimiento del mismo”.

En ese sentido, toda vez que los tickets N° 215470, 215471, 215623, 215624 y 215625, no se encuentran en el supuesto de excepción antes citado, corresponde DAR POR CONCLUÍDO el presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción por el incumplimiento del artículo 49º del TUO de las Condiciones de Uso.

En caso la empresa operadora no cumpla o cumpla de manera extemporánea con las obligaciones establecidas en los numerales (i) y (ii), o cuando OSIPTEL determine la improcedencia de la acreditación o plan de trabajo, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 45º, 46º y 47º.

²⁶ A fin de acreditar la causa de interrupción, AMÉRICA MÓVIL presentó una “Constatación Policial”, documento que logra acreditar que la interrupción se debió a un “Daño/Vandalismo”; sin embargo, no acreditó su actuación diligente antes, durante y después de originada la interrupción; en ese sentido, se declararon improcedentes tales acreditaciones.

2.3. Sobre el incumplimiento del artículo 48º del TUO de las Condiciones de Uso

El presente PAS se inició contra AMÉRICA MÓVIL, entre otros, por el incumplimiento del artículo 48º del TUO de las Condiciones de Uso que establece el deber de comunicar al OSIPTEL y a sus abonados cuando ocurran interrupciones del servicio derivados de trabajos de mantenimiento o mejora tecnológica, de acuerdo al siguiente detalle:

Artículo 48.- Interrupción del servicio por mantenimiento

En caso que la empresa operadora requiera realizar trabajos de mantenimiento o mejoras tecnológicas en su infraestructura que interrumpen los servicios que brinda, comunicará esta situación a sus abonados y a OSIPTEL con una anticipación no menor de dos (2) días calendario, debiendo adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del servicio

Al respecto, es importante destacar que la comunicación a los abonados y al OSIPTEL suponen fines distintos, toda vez que, en lo que corresponde a los abonados, les permite prever las consecuencias de la indisponibilidad de los servicios de telecomunicaciones, y, en relación a OSIPTEL, la comunicación oportuna da lugar a un correcto monitoreo de las acciones de las empresas operadoras.

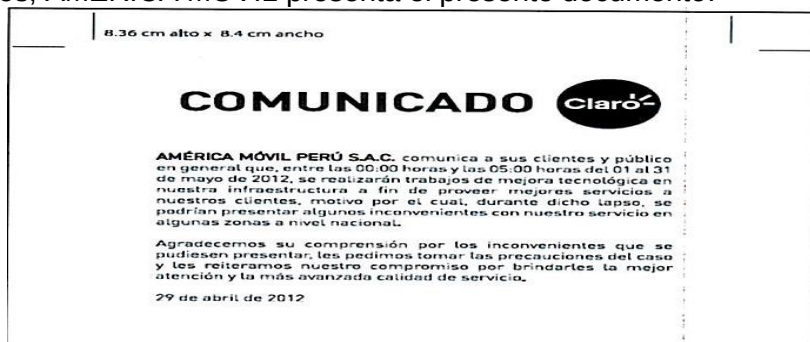
Sobre el particular, el Informe de Supervisión concluyó que AMÉRICA MÓVIL:

- En tres (03) casos no comunicó al OSIPTEL, dentro del plazo establecido, la realización de trabajos de mantenimiento o mejora tecnológica.
- En treinta y nueve (39) casos no comunicó a sus ABONADOS, dentro del plazo establecido, la realización de trabajos de mantenimiento o mejora tecnológica.
- En seis (06) casos no remitió al OSIPTEL documentación sobre trabajos de mantenimiento correctivo de emergencia dentro del plazo establecido.

AMÉRICA MÓVIL sostiene que de los treinta y nueve (39) tickets por los que se le imputa la comisión de la infracción por el supuesto incumplimiento del artículo 48º del TUO de las Condiciones de Uso, en veintiún (21) casos habría publicado el aviso respectivo, por lo que correspondería archivar dichos tickets.

Asimismo, indica que en atención al Principio de Presunción de Licitud que asiste a la empresa operadora, el OSIPTEL no puede imputar la comisión de una infracción en virtud a un señalamiento basado en la omisión de una información, sino acreditar la existencia de un incumplimiento normativo; por lo que el órgano instructor del OSIPTEL debió identificar los periódicos que usualmente las empresas operadoras requieren para publicar sus avisos.

A fin de acreditar que los veintiún (21) casos de mantenimiento fueron comunicados a sus abonados, AMÉRICA MÓVIL presenta el presente documento:



Si bien el medio probatorio presentado por AMÉRICA MÓVIL tiene una fecha (29 de abril de 2012) además, supuestamente comunicaría los trabajos de mejora tecnológica en la infraestructura de la empresa operadora para los veintiún (21) tickets referidos, no se señala cuáles son los diarios o medios de difusión masiva en la que fue publicado; por lo cual dicho medio probatorio no puede ser meritado en el presente caso.

Respecto a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL de la carga de la prueba y la presunción de licitud, se tiene que si bien corresponde a la administración la carga de la prueba, a efectos de atribuirle a los administrados las infracciones que sirven de base para sancionarlos, ante la prueba de la comisión de la infracción, corresponde al administrado probar los hechos excluyentes de su responsabilidad, tal como observa Nieto García, el cual señala lo siguiente al hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español:

“(…) 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”.²⁷

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL no habría acreditado la oportuna comunicación a sus abonados de los trabajos de mantenimiento, puesto que el medio probatorio presentado adolece de elementos para formar convicción de su realización.

Asimismo, respecto a los tickets N° 214616, 214615 y 214614, comunicados fuera de plazo al OSIPTEL, AMÉRICA MÓVIL presentó el siguiente medio probatorio:



Sobre el particular, es pertinente indicar que el incumplimiento imputado a AMÉRICA MÓVIL fue el no comunicar al OSIPTEL la realización de trabajos de mantenimiento; y el medio probatorio ofrecido por la empresa operadora se refiere a la comunicación dirigida a los abonados del servicio.

Como se dijo anteriormente, la comunicación a los abonados y al OSIPTEL suponen fines distintos, por lo que corresponde desestimar lo señalado por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

Por otro lado, AMÉRICA MÓVIL manifiesta su sorpresa porque seis (06) tickets fueron “reconducidos” como mantenimiento correctivo de emergencia cuando la misma empresa operadora los registró como “No Excluyentes”.

⁽²⁷⁾ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª. Edición totalmente reformada. Madrid: Tecnos, 2005. P. 424.

Agrega que dicha “reconducción” perjudica los intereses de su representada en tanto se le sancionaría por el artículo 44º y 49º del TUO de las Condiciones de Uso, lo cual sería irrazonable y desproporcional.

Al respecto, causa extrañeza que AMÉRICA MÓVIL pretenda desconocer las razones por las cuales la GFS no consideró seis (6) tickets como no excluyente de su responsabilidad sino como mantenimiento correctivo de emergencia, toda vez que dicha modificación fue comunicada mediante carta N° C.513-GFS/2013 notificada el 15 de abril de 2013, cuyo contenido fue el siguiente:

“(…)
En seis (06)²⁸ casos de interrupción, reportado como no excluyente, después de revisar los campos Causa, Otra Causa y descripción del evento que fueron descritos por CLARO, durante el reporte de los eventos se señaló en el SISREP: “Mantenimiento correctivo de emergencia”, “3436062 / Problemas Planta Interna. Sin Servicio de internet y telefonía CMTS Aviación”, “HUB Pando. Pérdida de servicio de Internet-Telefonía y Cable por bloqueo de tarjeta en equipo Agregador Pando”; por lo que, los seis (06)²⁹ casos de interrupción serán analizados en la categoría de trabajos de mantenimiento correctivo de emergencia.
(…)”

En ese sentido, y puesto que AMÉRICA MÓVIL fue comunicada oportunamente del cambio de clasificación de las interrupciones así como los motivos del mismo, corresponde desestimar sus argumentos en este extremo.

2.4. Sobre el incumplimiento del artículo 12º del RGIS

AMÉRICA MÓVIL señala que la entrega de la información solicitada mediante carta N° C.942-GFS/2013, suponía una imposibilidad de hecho, ya que no contaban con los elementos adecuados para realizar el muestreo de una información que en anteriores periodos supervisados, jamás fue solicitada. En esa línea, la empresa operadora indicó que la remisión de dicha información no se pudo lograr pese a la existencia de prórrogas y a todos los esfuerzos por recopilar los datos de los abonados y/o clientes cuyos servicios se vieron interrumpidos, razón que debería eximir de responsabilidad administrativa, ya que pese a que no se remitió dicha información al OSIPTEL, procuraron a través de todos los esfuerzos posibles la recaudación de dicha información.

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que para cumplir con el requerimiento de información formulado por el organismo regulador en el presente caso, era necesario contar con un plazo razonable que le permita aplicar los procedimientos internos pertinentes para recopilar toda la información requerida. Por esta razón, y tratándose de casos de interrupciones, resulta lógico y coherente que la empresa operadora requiera utilizar una serie de mecanismos vinculados a la detección y análisis de las causas de dichos eventos, de tal forma que la remisión de esta información resulta ser una tarea compleja y sistematizada que únicamente se podría realizar en un plazo suficientemente extenso.

Con relación a lo indicado por AMÉRICA MÓVIL, corresponde señalar que de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 4.1 del artículo 4º de la LDFF el OSIPTEL tiene la facultad para solicitar a las entidades supervisadas todo tipo de información

²⁸ Tickets N° 215695,215626,215696,215627,215697 y 215628

²⁹ En los seis casos, CLARO no ha remitido documentación con el fin de acreditar la interrupción

relacionada con el objeto de la supervisión, lo cual encuentra correlación con lo dispuesto por el artículo 14° y el primer párrafo del artículo 6° del Reglamento de Supervisión³⁰, considerando que justamente las acciones de supervisión tienen por objeto comprobar o acceder a la información necesaria para formar convicción sobre la comisión de una infracción o descartar tal situación.

Cabe destacar que a través de la comunicación C. 608-GFS/2013 notificada el 26 de abril de 2013 se solicitó a AMÉRICA MÓVIL la relación de los abonados cuyos servicios se vieron interrumpidos y la metodología empleada para determinar la cantidad de los abonados afectados; para tal fin le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles.

Posteriormente, mediante comunicación DMR/CE-M/F/N°632/13, del 16 de mayo de 2013, AMÉRICA MÓVIL indicó que el recabar información, así como analizar y revisar integralmente la base de datos les tomaría más de una semana, por lo que solicitó un plazo adicional para cumplir con lo solicitado. En atención a ello, mediante correo electrónico del 23 de mayo de 2013, se le brindó un plazo adicional de veinte (20) días para que cumpla con el requerimiento.

Finalmente, mediante comunicación C. 942-GFS/2013, notificada el 18 de junio de 2013, se reiteró a AMÉRICA MÓVIL la relación de los abonados cuyos servicios se vieron interrumpidos y la metodología empleada para determinar la cantidad de los abonados afectados; sin embargo, y pese a haberle otorgado un plazo perentorio de siete (7) días, a la fecha la empresa operadora no ha cumplido con remitir la información pendiente solicitada por este Organismo Regulador, no habiendo justificado las circunstancias que la imposibilitan de alcanzar la información de manera completa y el tiempo que le demandaría cumplir con tal requerimiento.

Con lo cual, pese a haberse solicitado previamente la información y al tiempo transcurrido entre una y otra comunicación, AMÉRICA MÓVIL no alcanzó la información solicitada, imputándosele la comisión de la infracción respecto a sesenta y cinco (65) eventos a través de la comunicación C.2005-GFS/2013 de fecha 12 de diciembre de 2013.

Ahora bien, atendiendo a las particularidades del presente caso, corresponde evaluar si concurren los elementos necesarios que permitan eximir de responsabilidad a la empresa operadora respecto a lo dispuesto por el artículo 12° del RGIS. Sobre el particular, tal y como se ha señalado, a través de la carta C.942-GFS/2013 notificada en fecha 18 de junio de 2013, se solicitó información a dicha empresa operadora, disponiéndose de manera expresa la obligatoriedad y perentoriedad del requerimiento, otorgándole siete (7) días hábiles, toda vez que ello coadyuvaría al desarrollo de la supervisión en relación a las interrupciones reportadas y su impacto entre los abonados y/o usuarios de los servicios involucrados.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en estricta aplicación de lo establecido en el artículo 12° del RGIS, la infracción queda configurada cuando, al vencimiento del plazo

³⁰ Reglamento General de Acciones de Supervisión del cumplimiento de la normativa aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones Aprobado mediante Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL:

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

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 necesario para su lectura (...)(Sin subrayado en el original)

perentorio otorgado, la empresa no hubiera entregado la información requerida, como sucedió en el caso bajo análisis.

De acuerdo a lo señalado, debe concluirse que, en efecto, AMÉRICA MÓVIL ha incurrido en la conducta infractora tipificada en el artículo 12° del RGIS, no habiéndose vulnerado el Principio de Tipicidad y la debida motivación.

2.5. Sobre el cuestionamiento de la evaluación trimestral

AMÉRICA MÓVIL señala en sus descargos, que la opción adoptada por la GFS para analizar los reportes de interrupciones, basada en periodos trimestrales, no es acorde con su actuar habitual, en relación al análisis de la información de este tipo, ni respetuosa de los derechos de los administrados, criterio que además no cuenta con sustento normativo alguno.

Asimismo, agrega que, en atención a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 55° de la LPAG, los administrados tienen derecho a no ser afectados innecesariamente con las actuaciones de las entidades públicas, por tal motivo la LPAG ordena que dicho actuar sea realizado de la forma menos gravosa posible. En tal sentido, a decir de la empresa operadora, la decisión adoptada por la GFS de analizar los reportes de interrupciones sobre la base de un periodo trimestral resulta ser una opción más gravosa que las adoptadas anteriormente por el referido órgano; por lo cual, solicita se tome en cuenta lo antes expuesto al momento de programar las próximas evaluaciones.

Sobre el particular, como ha sido expresamente indicado en pronunciamientos anteriores del OSIPTEL⁽³¹⁾, dentro de la facultad discrecional de la administración se encuentra la facultad de determinar de qué modo efectuará su función supervisora, a fin de cumplir los fines a los que ella se encuentra orientado. En ese sentido, considerando que las infracciones que forman parte del presente PAS están calificadas como infracciones leves, el órgano supervisor ha estimado razonable establecer como periodo de supervisión un trimestre, actuando dentro de los límites de las facultades de supervisión atribuidas. En tal sentido, quedan desvirtuados los descargos en este extremo.

De acuerdo a lo expuesto a lo largo del presente PAS, se ha determinado la responsabilidad por el incumplimiento del artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, respecto a treinta y siete (37) tickets; por el incumplimiento del artículo 48°, respecto a cuarenta y ocho (48) tickets; y por la falta de entrega de información calificada como obligatoria, solicitada mediante carta C.942-GFS/2013.

3. Concurso de Infracciones

Sobre el particular, la LPAG en su artículo 230° numeral 6 ha previsto la figura del concurso de infracciones, para los casos en los que una misma conducta configure dos o más infracciones.

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

³¹ Resolución de Consejo Directivo N° 152-2012-CD/OSIPTEL.

En aplicación del Principio Administrativo de Predictibilidad, se considera pertinente evaluar la existencia de una unidad de hecho que haya producido una pluralidad de infracciones a efectos de aplicar el concurso de infracciones recogido en el artículo 230º numeral 6 de la LPAG.

En ese sentido, del análisis de las treinta y siete (37) interrupciones identificadas en el presente procedimiento sancionador, se tiene que veintinueve (29) tickets son pasibles de ser concursados, independientemente del tipo de servicio de telecomunicaciones que brinden, toda vez que un único evento -ocurrido el mismo día, iniciado y finalizado a la misma hora, con un mismo periodo de duración, bajo la misma causa, y con la afectación del mismo elemento de red– genera una múltiple afectación al deber de continuidad⁽³²⁾, ninguna de las cuales capta por sí sola su desvalor (pluralidad de infracciones), por lo que corresponde concursar dichas infracciones.

Ahora bien, considerando que un mismo evento afectó los servicios de telefonía fija local, radiodifusión por cable, servicio portador local, conmutación de datos por paquetes y comunicaciones personales (PCS), se tomará en cuenta para el concurso de infracciones el primero de los servicios indicados, teniendo en cuenta que el servicio de telefonía fija, es considerado un servicio básico⁽³³⁾, el cual es requerido por sus usuarios cuando efectivamente hay una necesidad inmediata de tener acceso a una conversación telefónica en tiempo real en ambos sentidos de transmisión, a diferencia del servicio Portador Local o el servicio de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet), donde ello no ocurre en todos los escenarios de su prestación (vg. envío de correo electrónico, navegación en páginas web, etc.); corresponde no tomar en cuenta, a efectos de la graduación de la sanción, las interrupciones registradas mediante tickets N° 215041, 215357, 215623, 215624, 215626, 215627, 215695, 215696, 216384, 216385, 216388, 216387, 216562, 216560, 216559, 216916, 216915, 217058, dejando subsistente las interrupciones identificadas mediante tickets N° 214562, 215042, 215040, 215358, 215625, 215628, 215697, 216158, 216363, 216386, 216389, 216563, 216561, 216917, 216969, 217059, 217802, 218667 y 218987, en virtud del concurso de infracciones conforme se detalla a continuación.

TICKET	FH_REPORT	FH_INICIO	FH_FIN	DURACION - INTERRUP	CONCURSO	ZONA AFECTADA	Servicio analizado
215041	16/04/2012 21:15	14/04/2012 07:42	14/04/2012 14:22	400	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS VILLA EL SALVADOR/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)
215042	16/04/2012 21:15	14/04/2012 07:42	14/04/2012 14:22	400	CONCURSADO	DEP LIMA PROV LIMA DIS VILLA EL SALVADOR/	Servicio Público Portador Local
215357	19/04/2012 17:57	18/04/2012 11:26	18/04/2012 12:25	59	NO SE CONSIDERA	DEP LAMBAYEQUE PROV CHICLAYO DIS CHICLAYO/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)
215358	19/04/2012 17:57	18/04/2012 11:26	18/04/2012 12:25	59	CONCURSADO	DEP LAMBAYEQUE PROV CHICLAYO DIS CHICLAYO/	Servicio Público Portador Local
215623	27/04/2012 23:57	26/04/2012 17:28	26/04/2012 19:11	103	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS SAN MIGUEL/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)
215624	27/04/2012 23:57	26/04/2012 17:28	26/04/2012 19:11	103	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS SAN MIGUEL/	Radio Difusión por Cable
215625	27/04/2012 23:57	26/04/2012 17:28	26/04/2012 19:11	103	CONCURSADO	DEP LIMA PROV LIMA DIS SAN MIGUEL/	Telefonía Fija Local
215626	28/04/2012 18:25	27/04/2012 06:00	27/04/2012 08:35	155	NO SE CONSIDERA	DEP CALLAO PROV CALLAO DIS LA PERLA/DEP LIMA PROV LIMA DIS JESUS MARIA/DEP LIMA PROV LIMA DIS MAGDALENA DEL MAR/DEP LIMA PROV LIMA DIS SAN MIGUEL/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)

³² En la medida que se trata de interrupciones de servicios públicos de telecomunicaciones diferentes.

³³ TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 53.- Clasificación de teleservicios públicos

Se consideran teleservicios públicos a los siguientes:

1. Servicio telefónico.- Es el que permite a los usuarios la conversación telefónica en tiempo real, en ambos sentidos de transmisión, a través de la red de telecomunicaciones. (...)

Artículo 55.- Definición del servicio telefónico fijo

El servicio telefónico fijo llamado también servicio telefónico básico, es aquel que se presta a través de una red fija, no expuesta a movimiento o alteración, utilizando medios alámbricos, ópticos y/o radioeléctricos.

(Sin subrayado en el original)

215627	28/04/2012 18:25	27/04/2012 06:00	27/04/2012 08:35	155	NO SE CONSIDERA	DEP CALLAO PROV CALLAO DIS LA PERLA/DEP LIMA PROV LIMA DIS JESUS MARIA/DEP LIMA PROV LIMA DIS MAGDALENA DEL MAR/DEP LIMA PROV LIMA DIS SAN MIGUEL/	Radio Difusión por Cable
215628	28/04/2012 18:25	27/04/2012 06:00	27/04/2012 08:35	155	CONCURSADO	DEP CALLAO PROV CALLAO DIS LA PERLA/DEP LIMA PROV LIMA DIS JESUS MARIA/DEP LIMA PROV LIMA DIS MAGDALENA DEL MAR/DEP LIMA PROV LIMA DIS SAN MIGUEL/	Telefonía Fija Local
215695	01/05/2012 16:52	30/04/2012 12:10	30/04/2012 14:35	165	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS LA VICTORIA/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)
215696	01/05/2012 16:52	30/04/2012 12:10	30/04/2012 14:35	165	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS LA VICTORIA/	Radio Difusión por Cable
215697	01/05/2012 16:52	30/04/2012 12:10	30/04/2012 14:35	165	CONCURSADO	DEP LIMA PROV LIMA DIS LA VICTORIA/	Telefonía Fija Local
216384	16/05/2012 17:19	15/05/2012 13:53	15/05/2012 15:10	77	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS SAN ISIDRO/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)
216385	16/05/2012 17:19	15/05/2012 13:53	15/05/2012 15:10	77	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS SAN ISIDRO/	Servicio Público Portador Local
216386	16/05/2012 17:19	15/05/2012 13:53	15/05/2012 15:10	77	CONCURSADO	DEP LIMA PROV LIMA DIS SAN ISIDRO/	Telefonía Fija Local
216389	16/05/2012 17:33	16/05/2012 10:20	16/05/2012 11:46	86	CONCURSADO	DEP LIMA PROV LIMA DIS VILLA EL SALVADOR/	Telefonía Fija Local
216388	16/05/2012 17:33	16/05/2012 10:20	16/05/2012 11:46	86	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS VILLA EL SALVADOR/	Servicio Público Portador Local
216387	16/05/2012 17:33	16/05/2012 10:20	16/05/2012 11:46	86	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS VILLA EL SALVADOR/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)
216563	21/05/2012 12:14	18/05/2012 10:19	18/05/2012 15:28	309	CONCURSADO	DEP CALLAO PROV CALLAO DIS CALLAO/	Servicio Público Portador Local
216562	21/05/2012 12:14	18/05/2012 10:19	18/05/2012 15:28	309	NO SE CONSIDERA	DEP CALLAO PROV CALLAO DIS CALLAO/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)
216561	21/05/2012 10:02	18/05/2012 13:20	18/05/2012 16:26	186	CONCURSADO	DEP LIMA PROV LIMA DIS JESUS MARIA/	Telefonía Fija Local
216560	21/05/2012 10:02	18/05/2012 13:20	18/05/2012 16:26	186	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS JESUS MARIA/	Servicio Público Portador Local
216559	21/05/2012 10:02	18/05/2012 13:20	18/05/2012 16:26	186	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS JESUS MARIA/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)
216917	28/05/2012 17:48	25/05/2012 17:37	25/05/2012 21:43	246	CONCURSADO	DEP CALLAO PROV CALLAO DIS CALLAO/	Telefonía Fija Local
216916	28/05/2012 17:48	25/05/2012 17:37	25/05/2012 21:43	246	NO SE CONSIDERA	DEP CALLAO PROV CALLAO DIS CALLAO/	Servicio Público Portador Local
216915	28/05/2012 17:48	25/05/2012 17:37	25/05/2012 21:43	246	NO SE CONSIDERA	DEP CALLAO PROV CALLAO DIS CALLAO/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)
217059	31/05/2012 16:10	30/05/2012 14:41	30/05/2012 17:20	159	CONCURSADO	DEP LIMA PROV LIMA DIS LIMA CERCADO/	Servicio Público Portador Local
217058	31/05/2012 16:10	30/05/2012 14:41	30/05/2012 17:20	159	NO SE CONSIDERA	DEP LIMA PROV LIMA DIS LIMA CERCADO/	Conmutación de datos por paquetes (Acceso a Internet)

Cabe precisar que, de ser el caso, la determinación de responsabilidad por la infracción de los tickets concursados será considerada para efectos de la aplicación de la reincidencia y demás responsabilidades que las leyes establezcan.

4. Determinación de la sanción

Conforme al análisis contenido en la presente resolución, en el caso bajo análisis se ha determinado responsabilidad de AMÉRICA MÓVIL, respecto al artículo 44º del TUO de las Condiciones de Uso, por treinta y siete (37)³⁴ interrupciones, las mismas que afectaron los servicios de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet), portador local, radiodifusión por cable, servicio de comunicaciones personales (PCS) y telefonía fija local; no obstante, de acuerdo a lo indicado en el punto anterior, en virtud de la aplicación del concurso de infracciones, corresponderá aplicar la sanción solo respecto a diecinueve (19)³⁵ tickets.

A fin de determinar la graduación de las multas a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 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

³⁴ Tickets N° 214562, 215041, 215042, 215040, 215357, 215358, 215623, 215624, 215625, 215626, 215627, 215628, 215695, 215696, 215697, 216158, 216363, 216384, 216385, 216386, 216389, 216388, 216387, 216563, 216562, 216561, 216560, 216559, 216917, 216916, 216915, 216969, 217059, 217058, 217802, 218667 y 218987.

³⁵ Tickets N° 214562, 215042, 215040, 215358, 215625, 215628, 215697, 216158, 216363, 216386, 216389, 216563, 216561, 216917, 216969, 217059, 217802, 218667, 218987.

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⁽³⁶⁾.

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

Así, se procede al siguiente análisis:

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

En cuanto a la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS:

El artículo 12° del RGIS establece como infracción grave el incumplimiento en la entrega de información obligatoria solicitada por el OSIPTEL. En el presente caso, debe considerarse que la información solicitada de manera obligatoria a AMÉRICA MÓVIL a través de la comunicación N° C.942-GFS/2013, se requirió a efectos de determinar la afectación generada a los usuarios por las interrupciones producidas durante el segundo trimestre del año 2012, con lo cual, resultaba necesario que AMÉRICA MÓVIL alcance la información con los requisitos y en los plazos solicitados.

En consecuencia, de conformidad con la escala de multas establecida en la LDFF, corresponde la aplicación de una multa de entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) unidades impositivas tributarias (UIT).

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 48° del TUO de las Condiciones de Uso.

De acuerdo a lo dispuesto en nuestro Ordenamiento Jurídico los artículos señalados del TUO de las Condiciones de Uso han establecido la obligación a las empresas operadoras de prestar los servicios públicos de telecomunicaciones de manera continua e ininterrumpida⁽³⁷⁾, el deber de

³⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo. (...)

1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

³⁷ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída el expediente N° 00034-200-AI, señaló lo siguiente: (...)

40. Ahora bien, para el Tribunal Constitucional, lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es solo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención. De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.

comunicar a OSIPTEL y los abonados de los trabajos de mantenimiento que realice la empresa operadora en sus instalaciones; a su vez, el artículo 2° del anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso califica como infracciones leves el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 44° y 48 de dicha norma.

Al respecto, en el presente caso, se ha verificado que AMÉRICA MÓVIL incurrió en las referidas infracciones, al no haber prestado de manera continua los servicios de telefonía fija, portador local, conmutación de datos por paquetes y comunicaciones personales (PCS); al no haber comunicado al OSIPTEL y a los abonados los trabajos de mantenimiento, y al no haber cumplido con comunicar al OSIPTEL y con acreditar las interrupciones por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, según las obligaciones dispuestas por el TUO de las Condiciones de Uso.

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

(ii) Magnitud del daño causado, perjuicio económico:

En cuanto a la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS:

Sobre el particular, no es posible determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 48° del TUO de las Condiciones de Uso.

En el presente caso no es posible determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico; sin embargo, es evidente que existe un perjuicio en cuanto al incumplimiento del artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, considerando la cantidad y duración de las interrupciones reportadas, así como las localidades afectadas.

En efecto, se produjeron ocho (08)³⁸ interrupciones masivas que afectaron el servicio de telefonía fija local, en el segundo trimestre del año 2012, durante un total de dos mil ciento dieciséis (2116) minutos, afectando diversos distritos de Lima y Callao. Al respecto, se debe considerar que las interrupciones tuvieron una duración de entre setenta y siete (77) y mil noventa y ocho (1098) minutos.

Asimismo, se produjeron siete (07)³⁹ interrupciones masivas que afectaron el servicio de portador local, en el segundo trimestre del año 2012, durante un total de mil novecientos cincuenta (1950) minutos, afectando diversos distritos de Lima y Callao, Lambayeque y Piura. Al respecto, se debe considerar que las interrupciones tuvieron una duración de entre quince (15) y ochocientos noventa y nueve (899) minutos.

c) Su naturaleza regular, es decir, mantener un estándar mínimo de calidad.

d) La necesidad de que su acceso se de en condiciones de igualdad (...)
(Sin subrayado en el original)

³⁸ Tickets N° 215625, 215628, 215697, 216386, 216389, 216561, 216917, 216969

³⁹ Tickets N° 214562, 215042, 215040, 215358, 216563, 217059, 218987

Por otro lado, se produjo una (01)⁴⁰ interrupción masiva que afectó el servicio de conmutación de datos por paquetes, en el segundo trimestre del año 2012, durante un total de ochocientos ochenta y cuatro (884) minutos, afectando diversos distritos de Lima.

Finalmente, se produjeron tres (03)⁴¹ interrupciones masivas que afectaron el servicio de comunicaciones personales (PCS), en el segundo trimestre del año 2012, durante un total de mil trescientos ochenta y siete (1387) minutos, afectando diversos distritos de Lima, Huánuco y Loreto. Al respecto, se debe considerar que las interrupciones tuvieron una duración de entre ciento cincuenta y dos (152) y seiscientos cuarenta y cinco (645) minutos.

Cabe señalar que, aun cuando la empresa operadora, realice las devoluciones correspondientes, debe tenerse en cuenta que la interrupción del servicio acarrea un perjuicio económico para los usuarios afectados, considerando –en la línea de lo señalado– que la continuidad es una característica esencial en la prestación de un servicio público, no obstante que los usuarios contratan y efectúan el correspondiente pago, para obtener un servicio que esté a disposición las veinticuatro (24) horas diarias.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, en cumplimiento de lo previsto por los artículos 45° y 47° del TUO de las Condiciones de Uso, en los casos que corresponda, AMÉRICA MÓVIL deberá efectuar las devoluciones correspondientes a los usuarios afectados por las interrupciones en las que se ha detectado su responsabilidad.

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

En cuanto a la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS:

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia, repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 48° del TUO de las Condiciones de Uso.

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

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

En cuanto a la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS:

Cabe indicar que a la fecha, AMÉRICA MÓVIL no ha cumplido con remitir la información pendiente sobre los abonados y/o clientes afectados en sesenta y cinco (65) eventos, solicitada por este Organismo a través de la comunicación C. 942-GFS/2013 notificada el 18 de junio de 2013, pese a que previamente, a través de la comunicación C. 608-GFS/2013 notificada el 26 de abril de 2013, se le solicitó la relación de abonados afectados por las interrupciones ocurridas durante el segundo trimestre del año 2012.

⁴⁰ Ticket N° 216158

⁴¹ Ticket N° 216363, 217802 y 218667

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 48° del TUO de las Condiciones de Uso.

De otro lado, respecto al comportamiento posterior del sancionado, es preciso indicar que AMÉRICA MÓVIL no ha remitido en la etapa de supervisión, ni durante la tramitación del presente PAS, documentación que acredite haber adoptado las medidas o acciones necesarias que acrediten la adopción de un comportamiento diligente, considerando que la referida empresa tiene pleno conocimiento que el inadecuado funcionamiento de sus sistemas o la falta de mecanismos adecuados para hacer frente a situaciones que de ordinario ocurren en la industria puede traer como consecuencia la interrupción de sus servicios e impactar directamente a sus usuarios, como sucedió en el presente caso.

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

Sobre el particular, no existen elementos objetivos que permitan cuantificar el beneficio obtenido por AMÉRICA MÓVIL como consecuencia de la comisión de la infracción prevista por el artículo 12° del RGIS, así como, en cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 48° del 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 prevista por el artículo 12° del RGIS, así como, en cuanto al incumplimiento de las obligaciones previstas por los artículos 44° y 48° del TUO de las Condiciones de Uso.

(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, los incumplimientos que dieron lugar al inicio del presente PAS se advirtieron 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, al Principio de Razonabilidad, y al análisis efectuado en la presente resolución; corresponde sancionar a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C., con una multa de cincuenta y un (51) UIT por la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS. Asimismo, corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL S.A.C. por las infracciones tipificadas como leves por el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, con el importe de tres multas de cinco (05) UIT por las interrupciones producidas en el servicio de telefonía fija, portador local y comunicaciones personales, y una (1) amonestación por la interrupción producida en el servicio de conmutación de datos; y con una (01) multa de cinco (05) UIT por la trasgresión del artículo 48° del TUO de las Condiciones de Uso.

De conformidad con la función fiscalizadora y sancionadora reconocida en el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado con Decreto Supremo N° 008-2001-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. con CINCUENTA Y UNO (51) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 12º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2º.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. con CINCO (05) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 44º de la misma norma, al no haber cumplido con prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida respecto de las interrupciones del servicio telefonía fija local registradas a través de los tickets N° 215625, 215628, 215697, 216386, 216389, 216561, 216917, 216969; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3º.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. con CINCO (05) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 44º de la misma norma, al no haber cumplido con prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida respecto de las interrupciones del servicio público portador local registradas a través de los tickets N° 214562, 215042, 215040, 215358, 216563, 217059, 218987; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 4º.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. con CINCO (05) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 44º de la misma norma, al no haber cumplido con prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida respecto de las interrupciones del servicio de comunicaciones personales (PCS) registradas a través de los tickets N° 216363, 217802 y 218667; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 5º.- AMONESTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 44º de la misma norma, al no haber cumplido con prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida respecto de la interrupción del servicio de conmutación de datos por paquetes (acceso a internet) registrada a través del ticket N° 216158; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 6º.- DAR POR CONCLUIDO el procedimiento administrativo sancionador iniciado a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en los numerales i) y ii) del artículo 49º de la misma norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 7º.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. con CINCO (05) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2º del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 48º de la misma norma, al no haber cumplido con comunicar a los abonados

de los trabajos de mantenimiento en el plazo establecido, registradas a través de cuarenta y ocho (48) tickets; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 8°.- DISPONER que, respecto a las interrupciones que son susceptibles de sanción indicadas en los artículos 2°, 3°, 4° y 5° de la presente Resolución, la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. deberá proceder a efectuar las devoluciones y/o descuentos que correspondan, conforme a lo dispuesto en el TUO de las Condiciones de Uso, dejándose a salvo la determinación que sobre estos conceptos pudiera haber sido efectuada por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL en el marco de la supervisión.

Artículo 9°.- DISPONER que para el caso de lo previsto en los artículos 2°, 3°, 4° y 5° de la presente resolución, la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. deberá conservar en sus sistemas la información histórica que asegure su cumplimiento y permita su verificación y/o supervisión por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL. Esta obligación se mantendrá, sin perjuicio de la suspensión de efectos que pudiera concederse a dicha empresa operadora, en caso la presente Resolución fuera impugnada.

Artículo 10°.- La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días computados a partir del día siguiente de notificada la sanción, obtendrá el beneficio de pago reducido del treinta y cinco por ciento (35%) de su monto total, siempre que no sea impugnada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18° del actual Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 11°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 12°.- 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, y ponga en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas la multa impuesta, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Gerente General