



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 943-2015-GG/OSIPTEL

Lima, ~~24~~ de diciembre de 2015

EXPEDIENTE N°	:	00078-2014-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTO el Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (GFS) N° 1214-GFS/2015 en lo concerniente al procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (AMÉRICA MÓVIL), por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 12° del Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2005-CD/OSIPTEL (Reglamento de Calidad) ante el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7° de dicha norma.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Informe N° 984-GFS/2014 de fecha 25 de noviembre de 2014, contenido en el expediente N° 00087-2012-GG-GFS, la GFS emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7° del Reglamento de Calidad, en relación al bloqueo o limitación de las aplicaciones de voz sobre IP (VoIP) soportadas por el servicio de valor añadido de acceso a Internet brindado por AMÉRICA MÓVIL, concluyendo lo siguiente:

Se ha verificado el 04 de octubre de 2012 que la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. habría "limitado" el uso de aplicaciones de voz sobre IP, mediante el bloqueo de mensajes del protocolo SIP en su red, incumpliendo lo dispuesto por el artículo 7° del Reglamento de Calidad (Resolución N° 040-2005-CD/OSIPTEL).

2. Mediante carta N° C.2415-GFS/2014, notificada el 27 de noviembre de 2014, la GFS comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un PAS, por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 12° del Reglamento de Calidad, en cuanto habría incumplido con el artículo 7° de la referida norma.
3. A través del escrito S/N recibido el 14 de enero de 2015, AMÉRICA MÓVIL remitió sus descargos.
4. Mediante carta C.1126-GFS/2015, notificada el 23 de junio de 2015, la GFS requirió a AMÉRICA MÓVIL la remisión del archivo correspondiente a la configuración de los parámetros de red de las diferentes APN¹ utilizados para brindar los servicios ofrecidos en los años 2012, 2013 y 2014; lo cual fue atendido



¹ Access Point Name. Identifica la red de paquetes de datos (PDN) de la red de acceso de datos móviles, con la cual el dispositivo móvil desea comunicarse. Permite asimismo indicar el tipo de servicio requerido.

haberse verificado el día 04 de octubre de 2012, que dicha empresa operadora limitó el uso de aplicaciones de voz sobre IP, mediante el bloqueo de mensajes del protocolo SIP⁴ en su red.

Considerando lo indicado, se imputó a dicha empresa operadora la configuración de la infracción prevista en el artículo 12° del Reglamento de Calidad, norma que señala lo siguiente:

Artículo 12°. - *El operador que incumpla con lo dispuesto en los Artículos 3°, Numeral 6.2 del Artículo 6° y Artículo 7° del presente Reglamento, la obligación de publicar los resultados de los indicadores de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones o lo haga fuera del plazo establecido en el Artículo 8° del presente Reglamento, incurrirá en infracción grave.*

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 230° de 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 perjudicado⁵, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

1. Cuestión previa

De manera previa al análisis de los descargos expuestos por AMÉRICA MÓVIL, es preciso referirse de manera particular a la norma que motiva el inicio del presente PAS, es decir, el artículo 7° del Reglamento de Calidad, el cual fue derogado por la Única Disposición Derogatoria de la Resolución N° 123-2014-CD/OSIPTEL, que aprueba el nuevo Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Nuevo Reglamento de Calidad), el mismo que entró en vigencia el 01 de enero de 2015.

Cabe señalar que el Nuevo Reglamento de Calidad, dispone en el artículo 7° lo siguiente:

Artículo 7.- Libertad de uso de aplicaciones o protocolos para el servicio de acceso a Internet

Los operadores de telecomunicaciones y/o ISP que brinden el servicio de acceso a Internet deberán considerar lo que establece la normativa sectorial relativa a la Neutralidad de Red, lo cual aplica para todo tipo de acceso a Internet, e implementar los mecanismos que en ella se establecen.

De esta manera, cuando el Nuevo Reglamento de Calidad hace referencia a la normativa sectorial relativa a la Neutralidad de Red, se entiende, la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica – Ley N° 29904 (Ley de Banda Ancha) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, normas que entraron en vigencia los días 20 de julio de 2012 y 04 de noviembre de 2013, respectivamente, las mismas que sobre el particular indican lo siguiente:

⁴ SIP: Session Initiation Protocol. Protocolo de inicio de sesiones, usado para el establecimiento, gestión y finalización de sesiones de Voz sobre IP, entre otros.

⁵ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.



Ley N° 29904:

Artículo 6. Libertad de uso de aplicaciones o protocolos de Banda Ancha

Los proveedores de acceso a Internet respetarán la neutralidad de red por la cual no pueden de manera arbitraria bloquear, interferir, discriminar ni restringir el derecho de cualquier usuario a utilizar una aplicación o protocolo, independientemente de su origen, destino, naturaleza o propiedad. El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL determina las conductas que no serán consideradas arbitrarias, relativas a la neutralidad de red.

Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, Reglamento de la Ley N° 29904:

Artículo 10.- Libertad de uso de aplicaciones o protocolos de Banda Ancha - Neutralidad de Red

(...)
10.2 En caso algún Proveedor de Acceso a Internet u Operador de Telecomunicaciones pretenda implementar medidas de gestión de tráfico, administración de red, configuraciones de dispositivos o equipos terminales, u otras que sustentadas en cualquier motivo pudieran bloquear, interferir, discriminar, restringir o degradar cualquier tipo de tráfico, protocolo, servicio o aplicación, independientemente de su origen, destino, naturaleza o propiedad; deberá contar previamente con la autorización del OSIPTEL, quien deberá pronunciarse sobre la arbitrariedad de la medida.
(...)

En relación a la normativa indicada, es preciso referirse al Principio de Irretroactividad en materia administrativo-sancionadora contemplado en el numeral 5 del artículo 230° de la LPAG, que a la letra dispone:

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

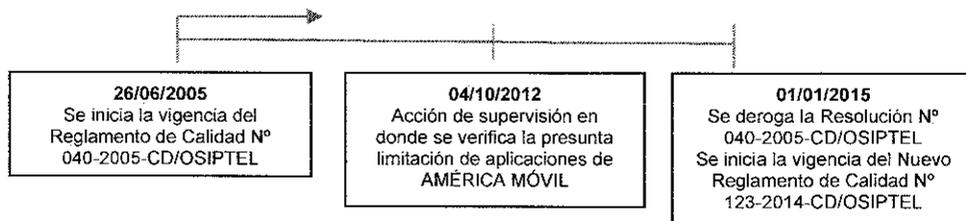
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes procedimientos especiales:

(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Al respecto, del texto citado se observa que las normas sancionadoras a aplicarse a un caso particular deben ser aquellas que resulten vigentes al momento en que ocurren los hechos, ello, garantizando a su vez, el Principio de Legalidad que supone que las leyes sean previas, escritas, formales y estrictas; así como el Principio de Seguridad Jurídica.

De esta manera, en el caso particular, el presente PAS se inició por el incumplimiento de una norma que se encontraba vigente al momento que ocurrieron los hechos; lo cual puede apreciarse en el siguiente gráfico:



En consecuencia, considerando que el Reglamento de Calidad se encontraba vigente durante el periodo comprendido entre 26 de junio de 2005 y el 01 de enero de 2015,



fecha en la que entró en vigencia Nuevo Reglamento de Calidad, correspondía el inicio del presente PAS en virtud del incumplimiento tipificado en el Reglamento de Calidad, ante el incumplimiento del artículo 7° de éste último, verificado en la acción de supervisión del 04 de octubre de 2012.

De otro lado, corresponde analizar si resultaría aplicable el Principio de Retroactividad Benigna en materia administrativo sancionadora, según la salvedad prevista en el indicado artículo 230° de la LPAG, en virtud del cual, si luego de la comisión de un ilícito administrativo según ley preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva ley –en su consideración integral– es más favorable para el administrado, se debe aplicar ésta al caso, así no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito, o al momento de su calificación por la Autoridad Administrativa.

En el presente caso, como es posible advertir de las normas anteriormente enunciadas, el bloqueo y/o limitación de las aplicaciones de voz sobre IP constituye un comportamiento que, a la fecha de inicio del presente PAS y en la actualidad es reprochable y por tanto sancionable. De esta manera el Reglamento de la Ley de Banda Ancha en el artículo 62° del Título VII "Del Régimen de Infracciones y Sanciones" tipifica la infracción materia de análisis como grave, señalando lo siguiente:

4	El Proveedor de Acceso a Internet u Operador de Telecomunicaciones que restrinja, bloquee o inhabilite arbitrariamente funciones o características originales de los dispositivos o equipos terminales que comercialicen en el territorio nacional, que impidan el libre uso de protocolos, aplicaciones o servicios de Banda Ancha, incurrirá en infracción Grave (numeral 10.1)	Grave
---	---	-------

Por lo expuesto, dado que la norma vigente al momento de verificación de la infracción era el Reglamento de Calidad y, considerando que el grado de reproche es el mismo que la normativa vigente a la fecha, se concluye que el presente PAS se inició y sigue el trámite respectivo, sobre la aplicación correcta de las normas legales, en atención al Principio de aplicación inmediata de la norma⁶.

A continuación, corresponde analizar los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL con relación a la imputación de cargos formulada por la GFS.

2. Análisis de descargos

AMÉRICA MÓVIL cuestionó en sus descargos el PAS sobre la base de los siguientes fundamentos:

- (i) Las actas de supervisión vulneran las formalidades establecidas por la normativa vigente, considerando que el acta de la supervisión efectuada el 30 de mayo de 2012 consigna una hora de término diferente a la indicada en el video de las pruebas realizadas; vulnerándose adicionalmente su derecho de defensa y debido procedimiento al prescindirse de su participación en las pruebas realizadas con las empresas denunciadas Global Backbone, Inversiones OSA y Convergía.

⁶ Marcial Rubio Correa en "Retroactividad, Irretroactividad y ultra actividad", para leer el Código Civil, Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, manifiesta que el Principio de aplicación inmediata de la Norma, "es aquella que se hace a los hechos y relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que es derogada o modificada".



- (ii) No ha incumplido el artículo 7° del Reglamento de Calidad, puesto que no limita el uso de aplicaciones de voz sobre IP soportadas por el servicio de acceso a Internet que presta; vulnerándose el Principio de Presunción de Licitud, al no haberse acreditado fehacientemente su responsabilidad sobre los hechos imputados.
- (iii) Corresponde la aplicación del Régimen de Beneficios establecido en el artículo 55° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL (RGIS), puesto que como bien se reconoce en el Informe de Supervisión, el supuesto problema de bloqueo o limitación de tráfico de voz sobre IP se solucionó en la supervisión realizada el 04 de octubre de 2012; no volviéndose a presentar según las verificaciones realizadas con fechas 26 de octubre de 2012, 24 y 25 de febrero de 2014.

2.1 Sobre la validez de las actas de supervisión que sustentan el inicio del presente PAS

A) Sobre el acta de supervisión de fecha 30 de mayo de 2012

AMÉRICA MÓVIL afirma que el acta de Levantamiento de Información de fecha 30 de Mayo de 2012 incumpliría con lo señalado en el inciso f) del artículo 19° del Reglamento General de Acciones de Supervisión⁷ (Reglamento de Supervisión), pues no existiría certeza de la hora de culminación de la referida acción, considerando que si bien en dicho documento se señala que la supervisión habría culminado a las 19:00 horas del 30 de Mayo de 2012, ello no coincidiría con lo manifestado expresamente por el propio Supervisor de la GFS en el video de las pruebas realizadas en dicha ocasión, adjunto a dicha acta, en donde se puede advertir que éste señala que el levantamiento de información culmina a las 18:36 horas.

En atención a lo anterior, AMÉRICA MÓVIL considera que se habrían visto vulneradas las garantías que el marco jurídico prevé a los administrados, por lo cual, solicita se declare la nulidad de la indicada acta de Levantamiento de Información.

Al respecto, conforme lo dispone el Reglamento de Acciones de Supervisión en su artículo 7°, se considera acción de supervisión a todo aquel acto de funcionario o instancia competente del OSIPTEL que, bajo cualquier modalidad calificada o no como una auditoría de inspección, tienda a verificar que las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones cumplan con la normativa vigente.

⁷ Aprobado por Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL, actualmente derogado por el Reglamento General de Supervisión, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL (vigente desde el 17 de noviembre de 2015)

Artículo 7.- Se considera acción de supervisión a todo aquel acto de funcionario o instancia competente de OSIPTEL que, dentro del marco de lo establecido por el presente Reglamento, bajo cualquier modalidad, calificada o no como una auditoría o inspección, tienda a verificar que las empresas operadoras de servicios públicos cumplan con la normativa legal, contractual o técnica aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones determinado mandato o resolución de instancia competente de OSIPTEL o cualquier otra obligación que se encuentre a su cargo.

Se considera también acción de supervisión todo aquel acto de funcionario o instancia competente de OSIPTEL mediante el cual se solicite la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, cuando así se manifieste expresamente al formular requerimiento a la empresa supervisada.

Las acciones de supervisión se realizarán en los ámbitos económicos, legal y técnico y en cualquier otro que OSIPTEL estime conveniente y podrán ser efectuadas con o sin desplazamiento de los funcionarios competentes de OSIPTEL a las instalaciones de la empresa supervisada, según se estime necesario.



Cabe señalar que dentro de la variedad de metodologías con las que cuenta el órgano supervisor del OSIPTEL, para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y/o técnicas por parte de las empresas operadoras, se encuentran las actas de levantamiento de información, las mismas que constituyen acciones de supervisión que se realizan, entre otros, a partir de mediciones de características técnicas de los servicios y pruebas remotas, manuales o automáticas, para comprobar las prestaciones, la operatividad del servicio, así como del equipamiento asociado.

En esa línea, un acta de levantamiento de información, como es, la correspondiente al 30 de mayo de 2012, constituye un acta de supervisión y debe ajustarse a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Supervisión, específicamente en el artículo 19º, el mismo que establece los datos mínimos que debe contener este tipo de documentos públicos bajo sanción de nulidad, refiriendo, entre otros, la fecha de la acción de supervisión, con indicación de la hora de inicio y culminación de la misma. Asimismo, según dicha norma, el acta de supervisión debe incluir la descripción y relato de las incidencias observadas por el o los funcionarios de OSIPTEL durante la acción de supervisión.

Cabe indicar que resulta de vital importancia que las actas de supervisión contengan la descripción de las diligencias practicadas, como por ejemplo, las mediciones sobre instalaciones, productos o servicios, con indicación, cuando sea relevante, de las características de los equipos empleados; ello, con la finalidad de que se genere mayor certeza en relación a la actividad supervisora de la Administración

A partir de ello, en el caso particular, se debe tener presente que la elaboración del Acta de Levantamiento de Información y las pruebas técnicas realizadas contenidas en el formato electrónico (DVD) forman parte de una misma actuación supervisora; debiendo considerarse que, conforme a su naturaleza, la realización de tales pruebas técnicas insumen un tiempo determinado para la instalación y desinstalación de los equipos utilizados para la verificación; con lo cual, aun cuando en la grabación contenida en el DVD se menciona que las pruebas técnicas culminan a las 18:36 horas, resultaba necesario incorporar el detalle de las mismas dentro del acta de Levantamiento de Información, incluyendo el detalle de las acciones, equipos y metodologías utilizadas⁸.

En virtud de lo explicado previamente, no resulta ilógico la existencia de una diferencia de tiempo entre la hora de término de las pruebas técnicas realizadas y la hora de término de la elaboración del acta de Levantamiento de Información, considerando que luego que estas se realizaron se requería un tiempo adicional para la redacción y descripción de los procesos realizados.

En conclusión, corresponde desestimar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL respecto a este extremo.



⁸ Así, es preciso señalar que en el Acta de Levantamiento de información del 30 de mayo de 2012, se indicó, entre otros puntos, que para la ejecución de las pruebas se instaló un servidor Asterik ubicado físicamente en las oficinas de OSIPTEL y se configuró el servidor Proxy para que las comunicaciones realizadas a través del puerto UDP 5061 sean derivadas al puerto 5060 con el fin de verificar el supuesto bloqueo o limitación del mismo, imposibilitando el uso de aplicaciones de voz sobre IP a través del servicio de internet brindado por AMÉRICA MÓVIL.

B) Sobre la presunta vulneración al Derecho de Defensa y Debido Procedimiento, al no haber participado en las pruebas realizadas con las empresas denunciadas

AMÉRICA MÓVIL señala que el OSIPTEL debió tomar en cuenta que el derecho de defensa no sólo supone la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de sus derechos o intereses, o de presentar sus descargos, sino la posibilidad de ejercitar los medios legales que resulten necesarios, suficientes y sobre todo eficaces para este fin durante todo el procedimiento administrativo sancionador, lo que implica poder participar de toda acción de supervisión que pretenda corroborar su posible responsabilidad ante un supuesto de hecho punible.

De esta manera, a criterio de dicha empresa operadora, la GFS habría vulnerado su derecho de defensa al excluirle de las acciones de supervisión y pruebas realizadas en las instalaciones de las empresas Global Backbone S.A.C. (Global Backbone), Inversiones OSA S.A.C. (Inversiones OSA) y Convergía Perú S.A. (Convergía), pese que el presente PAS tuvo como origen las denuncias presentadas por tales empresas ante el OSIPTEL.

Agrega AMÉRICA MÓVIL que debido a lo anterior, no puede dar fe de lo ocurrido en las acciones de supervisión y pruebas realizadas en las instalaciones de las empresas señaladas, situación que la colocaría en una grave desventaja, más aun cuando las pruebas efectuadas se desarrollaron con la finalidad de verificar su cumplimiento en relación al artículo 7º del Reglamento de Calidad.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL concluye que al no haber participado en todos los actuados y pruebas efectuadas, no cuenta con la integridad de elementos para analizar el expediente involucrado a fin de ejercer adecuadamente su defensa en el presente PAS, por lo cual las actuaciones en las que no participó deberían declararse nulas.

Sobre el particular, no obstante lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, es necesario precisar que en el presente PAS se vienen respetando las garantías vinculadas al debido procedimiento que le asiste a la empresa operadora, en la medida que ésta ha sido notificada debidamente, ha tenido la posibilidad de acceso al presente expediente y al de supervisión, así como la posibilidad de formular sus descargos por escrito, adjuntando los medios probatorios pertinentes para su defensa, entre otros.

En efecto, debe considerarse que el derecho de defensa y el derecho al debido proceso se encuentran directamente vinculados; siendo que, en palabras MORÓN URBINA⁹, la dimensión más conocida del derecho al debido proceso, comprende una serie de derechos que forman parte de un estándar mínimo de garantía para los administrados, de los cuales se suelen desprender los siguientes subprincipios esenciales: el contradictorio, el derecho a la defensa, el derecho a ser notificado, el acceso al expediente, el derecho de audiencia, el derecho a probar, entre otros.

De esta manera, como se expondrá a continuación, el OSIPTEL viene actuando dentro de las facultades que le han sido otorgadas normativamente, siendo uno de los principios que rigen su accionar en el ejercicio de su función supervisora¹⁰, el Principio

⁹ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Pp. 63-68

¹⁰ La misma que comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas; según lo



de Discrecionalidad, previsto en el artículo 3° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (LDFF), en virtud del cual los planes y métodos de trabajo serán establecidos por el órgano supervisor y podrán tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada.

Cabe señalar que ello fluye de la propia de naturaleza de la actividad supervisora, pudiendo el OSIPTEL, en virtud del mencionado Principio, realizar las acciones de supervisión que considere necesarias para el objeto de la supervisión sin comunicar la existencia del expediente de supervisión que contiene dichas acciones; sin que ello implique una violación a derecho alguno de los administrados.

En esa línea, la Doctrina reconoce que la actividad supervisora resulta, *per se*, unilateral¹¹ en tanto no se requiere concurso de parte del administrado; sin que ello signifique que éste último releve a la Administración de la obligación de brindar la información que se le solicita, ni del derecho del Administrado de acceso al expediente de supervisión correspondiente.

Teniendo en cuenta lo anterior, el OSIPTEL dentro de la metodología de investigación que aplicó al presente caso, no consideró necesario que AMÉRICA MÓVIL se encuentre presente en las acciones de supervisión llevadas a cabo en las instalaciones de las empresas Global Backbone, Inversiones OSA y Convergía, en la medida que correspondía verificar preliminarmente que, en efecto, las empresas indicadas tenían los problemas que señalaban en sus respectivas denuncias, considerando lo manifestado por las mismas, según la información obrante en el expediente de supervisión¹²:

- **Comunicación GB-005-2012 de fecha 06 de enero de 2012, remitida por Global Backbone**

"Hasta la fecha nosotros no podemos utilizar determinadas aplicaciones en el servicio de Internet de la empresa mencionada, está bloqueado el acceso, bloqueo que no existe en otros operadores locales."

- **Comunicación sin número de fecha 06 de marzo de 2012, remitida por Inversiones OSA**

"El bloquear un puerto de comunicaciones en Internet, tal como aparentemente lo está haciendo América Móvil, viene siendo una práctica monopólica ya que operadores de telefónica IP como Perusat, Inversiones OSA, Convergía, entre otros, se pueden ver afectados en el despliegue de su tecnología, limitando el crecimiento de estas empresas, y afectando gravemente el servicio de sus abonados. Cabe señalar que no sólo se verán afectados los operadores que utilizan la tecnología IP, sino también se ven afectados los abonados de América Móvil, ya que nunca podrán acceder a

dispuesto por el artículo 3° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

¹¹ Tal como lo ha señalado Fernández Ramos:

*Como actividad imperativa, de ejercicio de una potestad pública, **la actividad de inspección es esencialmente unilateral, de modo que evidentemente no precisa el concurso del sujeto destinatario de la misma.** Cuestión distinta, que no altera su carácter unilateral es que para la efectividad de actividad inspectora sea precisa la colaboración activa de sus destinatarios, y que, incluso, en determinados ámbitos pueda ser conveniente complementar la actividad administrativa de inspección con autocontroles asumidos por las empresas mediante acuerdos con la Administración, tal como se señaló en el capítulo anterior.*

*Por lo demás, **esta unilateralidad de la inspección deriva del carácter obligatorio de las normas cuya aplicación ha de verificar.** (...)."*

¹² Fojas 02 al 05 del expediente de supervisión N° 00087-2012-GG-GFS/PAS



servicios de terceras empresas como aplicaciones de Google, Facebook, donde en ocasiones se utiliza la voip como método de transporte de llamadas.”

- **Comunicación GER-025-2012 de fecha 29 de marzo de 2012, remitida por Convergía**

“A pesar de la existencia de esta norma, a la fecha no podemos utilizar determinadas aplicaciones en el servicio de Internet de América Móvil afectando a usuarios ya que el corte de las llamadas es realizado a partir de los 25 segundos de duración. Cabe mencionar que dicho corte no es realizado por otros operadores.”

En ese orden de ideas, la presencia de AMÉRICA MÓVIL resultaba infructuosa dado que, en ese momento, no se estaba verificando el desempeño de su red frente a tal o cual escenario, sino más bien lo que se buscaba, de ser el caso, era documentar bajo qué contexto se advertía la presunta limitación del uso de aplicaciones de voz sobre IP.

De esta manera, la GFS realizó una serie de acciones de supervisión, en diversas oportunidades¹³ replicando diversos escenarios, observándose por ejemplo, que los resultados de las pruebas efectuadas en las instalaciones de AMÉRICA MÓVIL el 31 de mayo de 2012, son similares a los obtenidos durante la visita a Convergía el 26 de abril de ese mismo año.

En consecuencia, resulta razonable y válido que en el método o plan de trabajo decidido para la supervisión, en atención al Principio de Discrecionalidad, se haya determinado que no era necesario la participación de AMÉRICA MÓVIL en las acciones de supervisión realizadas en las instalaciones de las empresas Global Backbone, Inversiones OSA y Convergía, como primer momento. En efecto, luego de recogerse los indicios necesarios, se efectuaron las acciones de comprobación en las instalaciones de AMÉRICA MÓVIL; por lo que no existió afectación alguna al derecho de defensa de esta última.

Asimismo, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de validez de las acciones de supervisión, es preciso indicar que el valor probatorio de las actas de supervisión se encuentra vinculado al cumplimiento de requisitos subjetivos, materiales y formales; con lo cual éstas pueden ser rebatidas a través de la acreditación de la inexactitud o error de los datos incorporados a la misma, o bien acreditando que el supervisor no hubiese realizado actividad alguna dirigida a obtener la convicción reflejada en el acta o bien que la actividad realizada no tuviera ninguna relación con los hechos que después se describen como ciertos en el acta. Así, la presunción de veracidad de las

¹³ Tales acciones de supervisión se visualizan en el siguiente cuadro:

Fecha	Ubicación
26/04/2012	Convergía
02/05/2012	Inversiones OSA
30/05/2012	OSIPTTEL
31/05/2012	Claro
05/07/2012	Convergía
13/09/2012	OSIPTTEL
14/09/2012	OSIPTTEL
17/09/2012	Claro
19/09/2012	Claro (reinicio de supervisión del 17.09.2012)
21/09/2012	Claro (reinicio de supervisión del 19.09.2012)
27/09/2012	Global Backbone
04/10/2012	Claro (reinicio de supervisión del 21.09.2012)
26/10/2012	OSIPTTEL
24/02/2014	OSIPTTEL
25/02/2014	OSIPTTEL



actas de supervisión extendidas con los requisitos legales establecidos por la normativa vigente, sólo puede ser desvirtuada por pruebas indubitables, incontestables fehacientes, o plenamente convincentes de las partes.

En esa línea, las actas levantadas en cada una de las visitas efectuadas a Global Backbone, Inversiones OSA y Convergía, cumplen con todos los parámetros que la Doctrina sugiere dado que describen de manera detallada todos los procedimientos técnicos realizados en las instalaciones de las mencionadas empresas operadoras, adjuntando incluso las trazas de las llamadas de prueba llevadas a cabo por el supervisor del OSIPTEL, funcionario y profesional que ostenta la especialización y calificación suficiente para efectuar las pruebas respectivas.

Cabe señalar que AMÉRICA MÓVIL no fue ajena a las pruebas realizadas en las instalaciones de las empresas señaladas, puesto que las mismas se pusieron a su disposición conjuntamente con el expediente de supervisión N° 00087-2012-GG-GFS, según la solicitud contenida en la comunicación DMR/CE/N°2376/2014, atendida por la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL, como solicitud de acceso a la información pública, a través de la carta N° C.466.AI/2014 de fecha 16 de diciembre de 2014.

En atención a lo indicado en los párrafos precedentes, puede colegirse que el OSIPTEL ha actuado conforme a la normativa vigente, y en el ejercicio de su tarea supervisora; correspondiendo desestimar los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

2.2 Respecto a la conducta que motiva la imputación por el incumplimiento del artículo 7° del Reglamento de Calidad

A. Respecto a la limitación en el uso de aplicaciones de voz sobre IP (VoIP) en el servicio de acceso a Internet brindado por AMÉRICA MÓVIL

AMÉRICA MÓVIL afirma que, acorde con lo que indicó en la acción de supervisión del 31 de mayo de 2012, no realizó el bloqueo o limitación de ninguna aplicación, servicio o puertos TCP¹⁴/UDP¹⁵.

Asimismo, la empresa operadora agrega que frente a la imputación respecto al bloqueo del puerto UDP 5060 (por cuanto la sesiones SIP¹⁶ utilizando dicho puerto no se establecían correctamente), ha remitido una traza que acreditaría que se cursa tráfico SIP a través del mismo, con lo cual, razonable y técnicamente es posible deducir que no bloquea ningún puerto de su red, más aun cuando existen diversas aplicaciones en el SIP que lo utilizan y no presentan inconvenientes. Agrega AMÉRICA MÓVIL que, pese a ello, el OSIPTEL no consideraría válida dicha prueba sustentando su posición en que no se habría indicado el escenario en el cual es implementada, esto confirmaría que, a criterio del Regulador, el funcionamiento de las aplicaciones depende del escenario en el que se ejecuten, pese a que no en todos se puede garantizar su efectivo funcionamiento.

¹⁴ TCP: Protocolo de Control de Transmisión. Es uno de los principales protocolos de la capa de transporte del modelo TCP/IP.

¹⁵ UDP: User Datagram Protocol. Protocolo de Datagrama de Usuario. Es un protocolo de la capa de transporte en la pila de protocolos, el cual permite el intercambio de unidades de información sin requerir el establecimiento de una conexión.

¹⁶ SIP : Session Initiation Protocol. Protocolo de inicio de sesiones, usado para el establecimiento, gestión y finalización de sesiones de Voz sobre IP, entre otros.

Refiere AMÉRICA MÓVIL que no se ha acreditado a través de algún medio probatorio que exista algún tipo de bloqueo y/o limitación de la aplicación de voz sobre IP, sino que dicha afirmación se basa en que la misma no funciona mediante el servicio de acceso a Internet de otras operadoras; sin embargo, no se ha considerado que la no operatividad de una aplicación no necesariamente implica que se esté bloqueando/limitando la red de una operadora, sino que puede obedecer a que no se están cumpliendo las condiciones técnicas específicas en el ambiente en que debe operar dicha aplicación en particular.

Adicionalmente, AMÉRICA MÓVIL señala que, por la particularidad del SIP, no es válida una simple comparación con los resultados de otro operador, más aun cuando cada uno tiene su propia infraestructura; en ese sentido, la no operatividad de dicho protocolo debió tratarse como una avería particular, generándose un ticket respecto de las denuncias presentadas pero no un PAS.

De otra parte, AMÉRICA MÓVIL alude a que, como empresa operadora, opera sobre la capa denominada Transporte, no pudiendo asegurar en nivel alguno la correcta ejecución de la aplicación, más aun, cuando no la ha desarrollado y/o construido, instalado o configurado, y por ende no puede detectar de antemano, el modo de ejecución de la misma; por lo cual, resulta excesivo hacerla responsable por problemas en el funcionamiento de cualquier aplicación. De esta manera, menciona que en todas las pruebas efectuadas por el OSIPTEL se evidencia el transporte, por lo que no resultaría exacto indicar que AMÉRICA MÓVIL bloquea el puerto UPD 5060, debido a que si en efecto se bloqueara dicho puerto no se podría efectuar ni siquiera el primer paso en la comunicación.

AMÉRICA MÓVIL afirma también que el OSIPTEL habría validado en la supervisión del 04 de octubre de 2012 que no viene bloqueando ningún servicio; así, las fallas en el SIP se pudieron deber al escenario sobre el que hace la prueba, en particular al hecho de que el SIP agrega el IP del UAC¹⁷ (RFC 3261) en el *header*, por lo que se debe tener en cuenta esa variable en escenarios con NAT¹⁸. Asimismo, la empresa operadora incide en que no tendría ninguna regla que bloquee tráfico de voz sobre IP.

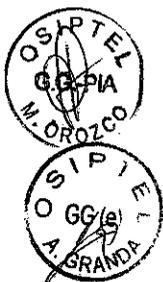
AMÉRICA MÓVIL destaca que una de las diferencias fundamentales que podrían explicar el funcionamiento del SIP en operadores como Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica) y Entel Perú S.A. (Entel)¹⁹, frente a los problemas suscitados, se debería a que para establecer la comunicación por aplicaciones de voz sobre IP, Telefónica podría haber asignado IP Público, mientras que AMÉRICA MÓVIL asignaba —y asigna— IP Privados, ello debido a que su red contaba con mayor cantidad de usuarios lo que llevaba a un mayor tráfico, por lo que era necesario conservar recursos —IP son limitados—. Sobre el particular, la empresa operadora indica que los IP Públicos con los IP Privados, no son comparables.

AMÉRICA MÓVIL menciona que en las pruebas realizadas el 13 y 14 de Setiembre de 2012 se presentaron diferentes resultados dependiendo del tipo de terminal, no obstante, ello requeriría un análisis más detallado, debido a que cada APN tiene una configuración diferente en la Red, por lo que es necesario revisar el escenario indicado para encontrar la causa.

¹⁷ UAC: User Agent Client. En la nomenclatura del protocolo SIP (arquitectura Cliente - Servidor) corresponde al elemento que realiza la función de Cliente.

¹⁸ NAT: Network Address Translation. Implementa la función de convertir direcciones IP Públicas en Direcciones IP Privadas, para manejar el problema de agotamiento de direcciones IP Públicas, por medio de las cuales se puede usar los servicios del Internet.

¹⁹ Antes NEXTEL del Perú S.A.



Agrega dicha empresa operadora que las reglas del Firewall revisadas por el OSIPTTEL mostrarían que son unidireccionales, con dirección desde los móviles hacia Internet, a partir de lo cual sólo el tráfico de sesiones previamente establecidas desde los móviles puede enviarse desde Internet a los móviles; con lo cual, si el protocolo UDP es unidireccional, los paquetes de retorno no necesariamente llegarían a destino si se usa RFC 3022 (NAT).

En esa línea, la empresa operadora afirma que las pruebas han sido realizadas utilizando el protocolo UDP, el cual no se orienta a la conexión, es decir, no se establece un circuito entre los extremos, el manejo de errores y la confiabilidad del transporte depende del manejo de los *timers* de la aplicación. De esta manera, señala que el hecho que unos mensajes lleguen y otros no, puede obedecer a que los *timers* no están correctamente sincronizados; sin embargo, estos valores no han sido mostrados en el análisis del OSIPTTEL.

AMÉRICA MÓVIL refiere adicionalmente que con la finalidad de soportar el crecimiento del tráfico y de usuarios, la infraestructura que se usó para las pruebas en el año 2012 ha sido migrada a una solución Carrier Grade NAT, por lo cual, solicita al OSIPTTEL se efectúen nuevas pruebas.

Finalmente, AMÉRICA MÓVIL hace mención al Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y al Nuevo Reglamento de Calidad, precisando que actualmente el Legislador ha detallado expresamente el tipo infractor y las conductas específicas que constituyen infracción; por lo cual, habiendo acreditado que no bloquea o limita la aplicación SIP, resulta ilógico e ilegal que se le pretenda imponer una sanción si la normativa vigente en ese momento no resultaba ser clara y no especificaba expresamente las conductas según el tipo de operador y su actividad; lo cual se confirmaría con la derogación y posterior modificación del dispositivo en cuestión, artículo 7° del Reglamento de Calidad, puesto que era necesaria la disgregación específica de cada conducta con la finalidad de dotar de mayor claridad el tipo infractor, atendiendo al Principio de Tipicidad, aplicable a todo procedimiento administrativo.

Al respecto, en relación a los argumentos de AMÉRICA MÓVIL es necesario indicar que en el Informe de Supervisión se concluyó en atención a las pruebas efectuadas el 04 de octubre de 2012, que dicha empresa operadora "limitó" el uso de aplicaciones de voz sobre IP, mediante el bloqueo de mensajes del protocolo SIP en su red, incumpliendo lo dispuesto por el artículo 7° del Reglamento de Calidad, vigente al momento de la acción de supervisión.

En cuanto al mecanismo de verificación propuesto por la empresa operadora (traza que acreditaría que se cursa tráfico SIP a través del mismo) debe indicarse que éste fue alcanzado previamente a través de la comunicación DMR/CE-M/N° 707/12 recibida el 21 de junio de 2012²⁰, lo cual fue analizado en el Informe de Supervisión que motiva el inicio del presente PAS.

Sobre el particular, cabe reiterar en la línea de lo indicado en el Informe de Supervisión, que una prueba de tráfico no resulta suficiente para descartar la responsabilidad de la empresa operadora en el problema presentado, por cuanto aun no estando bloqueado el puerto UDP 5060, la tecnología de redes permite efectuar el bloqueo o gestión de mensajes de protocolos que viajan a través de un puerto específico (por ejemplo el mensaje SIP "REGISTER", "OPTIONS", "BYE", etc).

²⁰ La cual se tramitó como confidencial en el expediente N° 258-2012-GG-GFS-IC

De otro lado, debe precisarse que las supervisiones realizadas corresponden al servicio que es brindado masivamente por AMÉRICA MÓVIL a sus usuarios en general, no a otros tipos de escenarios no descritos por la empresa operadora, con lo cual, no podría afirmarse que se trataba de una avería particular. Asimismo, el problema presentado se mostró a dicha empresa operadora en la acción de supervisión del 31 de mayo de 2012, la misma que se efectuó a través de pruebas con terminales de usuarios. Cabe señalar que en dicha acción de supervisión se solicitó a AMÉRICA MÓVIL sustente las causas del problema presentado, respecto de lo cual dicha empresa operadora señaló que efectuaría una revisión de las configuraciones de sus sistemas.

En lo correspondiente a la suficiencia de las pruebas efectuadas por el OSIPTEL, se debe indicar que en el Informe de Supervisión en la sección "Relevamiento de Información", del numeral "III.1. El Problema Presentado" se indicó lo siguiente:

"Por lo indicado, se evidencia el bloqueo/limitación de la aplicación de voz sobre IP, a través del puerto UDP 5060, el cual es el puerto que es usado por la aplicación por defecto. Considerando que la información viaja a través del Internet en paquetes a través de varias redes, se procedió a hacer una revisión en estos tramos."

De esta manera, según se señaló, correspondía analizar en qué segmento de la red ocurrían los problemas presentados en las pruebas realizadas hasta mayo de 2012; con lo cual, en las actuaciones realizadas los días 17, 19 y 21 de setiembre de 2012 y 04 de octubre de 2012, las pruebas se hicieron considerando los segmentos y la arquitectura de red específica, definiendo puntos de medición en la red de AMÉRICA MÓVIL para determinar su responsabilidad.

Tales pruebas se realizaron en distintos escenarios, habiéndose grabado las respectivas trazas que detallan la mensajería que es transportada en la red; concluyéndose, según las pruebas del 04 de octubre de 2012, que la referida empresa limitó el uso de aplicaciones de voz sobre IP, mediante el bloqueo de mensajes del protocolo SIP en su red.

Vale indicar que AMÉRICA MÓVIL en las acciones de supervisión, implementó el proceso PAT²¹ en su elemento de red Firewall. De las pruebas realizadas por la GFS el 04 de octubre de 2012 se apreció que algunos mensajes del protocolo SIP que llegaban a su red ingresaban normalmente pero no llegan al terminal de usuario. De esta manera, se advirtió un problema en su red sobre los mensajes que recibía, lo cual afectaba el funcionamiento de las aplicaciones.

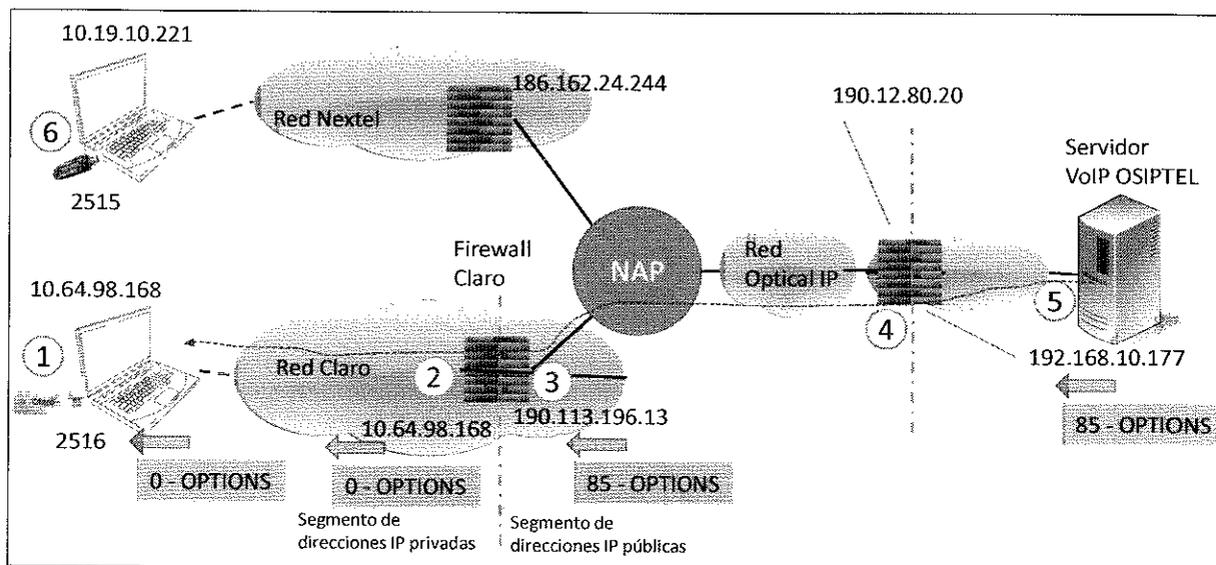
En efecto, en el siguiente gráfico se muestra el envío de los mensajes SIP OPTIONS desde el servidor de voz por IP del OSIPTEL hacia el terminador con acceso de AMÉRICA MÓVIL:



²¹ Port Address Translation

GRÁFICO 1

ENVÍO DE MENSAJES OPTIONS DESDE EL SERVIDOR DE OSIPTEL (UAS) HACIA EL CLIENTE (UAC) CON ACCESO DE CLARO EN LA PRUEBA P3.



Fuente: Informe de Supervisión

Al respecto, el Informe de Supervisión precisa lo siguiente:

“Como se aprecia del Gráfico 4²², el servidor VoIP de OSIPTEL (punto 5) envió 85 mensajes OPTIONS hacia el terminal con acceso de Claro (envío se hizo periódicamente. Estos 85 mensajes fueron recibidos en la red de Claro como se aprecia en la traza registrada en el segmento de direcciones IP públicas de Claro (punto 3). En la traza registrada en el segmento de direcciones IP privadas (punto 2) se aprecia que ningún mensaje OPTIONS es recibido. Consecuentemente, en la traza registrada en el terminal con acceso de Claro (punto 1) se aprecia que ningún mensaje OPTIONS es recibido. Por lo indicado, los mensajes SIP “OPTIONS” enviados por el servidor de VoIP de OSIPTEL llegan a la red de Claro pero no son enviados por éste al terminal con acceso de Claro”.

Por lo señalado, y de acuerdo a lo que se indica en el Informe de Supervisión, se descarta que el problema presentado se deba al proceso PAT de AMÉRICA MÓVIL, pues esto afectaría a todos los datos enviados, sin embargo, como se aprecia, solo afecta los mensajes SIP OPTIONS enviados por el servidor de voz sobre IP del OSIPTEL a su red; considerando que según las acciones de supervisión realizadas el 17, 19 y 21 de setiembre, y 04 de octubre de 2012, el problema se presentó de forma diferenciada para: i) uso de terminales (smartphones - módems USB), ii) uso de puertos (puerto SIP por defecto 5060 y puertos alternativos); y iii) mensajes específicos del protocolo SIP (OPTIONS, BYE); habiéndose verificado en concreto para este tercer escenario la responsabilidad de AMÉRICA MÓVIL en base a pruebas realizadas en elementos de su red.

En efecto, del análisis de la traza en el servidor de voz sobre IP de OSIPTEL y en el terminal con acceso de AMÉRICA MÓVIL, se pudo apreciar que otros mensajes enviados por el servidor voz sobre IP sí llegaban al terminal con acceso de dicha empresa operadora, por ejemplo, el mensaje “200 OK (0 binding)”, el cual usa la misma asignación de dirección IP y puertos que el mensaje SIP OPTIONS en el Firewall de la empresa operadora identificado en la supervisión realizada.

²² En el Informe de Supervisión corresponde este número de gráfico.

En relación a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL en sus descargos, respecto a la implementación de las capas de protocolo del OSI²³ en los servicios que brinda, se debe referir que lo manifestado es erróneo, toda vez que, conforme indica la GFS en el Informe de Análisis de Descargos, la red de la empresa operadora está implementada a nivel de todas las capas de protocolo como se puede constatar en las actas de supervisión realizadas (17, 19 y 21 de setiembre y 04 de octubre de 2012), por cuanto implementa la red mediante hardware y software que conforman la capa de acceso a red: capa física, Internet: IP, Transporte: TCP/UDP e inclusive tiene capacidad de gestión de las unidades de datos que viajan por su red correspondientes a las capas superiores.

De igual manera, en cuanto a que se le exige que garantice el funcionamiento de la aplicación; debe indicarse que esto también resulta incorrecto, dado que los servicios de la red deben ser brindados de forma transparente, independientemente del puerto o protocolo usado por las aplicaciones, la red debe dar un mismo tratamiento, sin hacer discriminación alguna.

En ese sentido, la red debe encargarse de llevar los datos de un extremo a otro, y son las aplicaciones las encargadas de usar esa información y brindar el servicio al usuario. La red no tiene responsabilidad alguna por el funcionamiento de las aplicaciones, en tanto transmita toda la información que las aplicaciones le entregan. Si la red bloquea, o limita el/los mensajes de las aplicaciones, estas podrían verse afectadas y no funcionar adecuadamente o simplemente quedar inoperativas.

Adicionalmente, si bien AMÉRICA MÓVIL indica que se requiere un análisis más detallado respecto al funcionamiento con un tipo de equipo u otro (Smartphone y modem USB), debido a que la red brinda servicios diferenciados según su APN; corresponde señalar que en la acción de supervisión del 17 de setiembre de 2012 se verificó que la empresa operadora usa el equipo Firewall para realizar la función PAT para la asignación de direcciones IP públicas a las direcciones IP privadas de sus clientes) Crossbeam X80 con software Check Point R70.50 (aplica para smartphones y modems USB), el cual tiene políticas específicas para tráfico UDP a través del puerto 5060 y para tráfico del protocolo SIP.

Como se aprecia, es el mismo elemento de red (Firewall) que brinda servicio a los accesos con smartphones y módems USB, el cual es un elemento de la red de AMÉRICA MÓVIL que está bajo su alcance y responsabilidad, no debiendo afectar el tráfico de las aplicaciones sean generados vía terminales móviles o vía módems USB.

Asimismo, debe indicarse que habiéndose hallado un comportamiento específico para algunos mensajes del protocolo SIP, es posible concluir también que los problemas generales, como los señalados por la empresa operadora (efecto de *timers* en Firewall) de haberse presentado, afectarían de forma aleatoria comunicaciones de cualquier protocolo, no únicamente a algunos mensajes específicos del protocolo SIP, según lo detectado; y, en caso se presentara ello de forma particular, la empresa operadora debería configurar su red de forma que no se afecte el funcionamiento de las aplicaciones.

En ese sentido, es posible indicar que es responsabilidad de AMÉRICA MÓVIL, velar por el cumplimiento de la normativa vigente, cuidando de esta forma que su red

²³ OSI: Modelo de referencia Open Systems Interconnection, en base al cual se organizan las funciones y protocolos de la red, para brindar los servicios requeridos por los usuarios.



funcione de forma adecuada para que no se bloquee o limite el funcionamiento de aplicaciones; en efecto, dicha empresa operadora debió haber evaluado e implementado en su oportunidad el uso de soluciones complementarias, de ser el caso, las mismas que no fueron señaladas ni consideradas por la referida empresa, pese a que el OSIPTEL, tal y como se ha señalado, en la acción de supervisión del 31 de mayo de 2012 solicitó las explicaciones respecto al problema que se venía presentando.

De otro lado, respecto a las pruebas adicionales solicitadas por AMÉRICA MÓVIL, es necesario señalar, tal y como se detalla en el Informe de Supervisión, que durante las pruebas del 04 de octubre de 2012, el problema presentado dejó de ocurrir a partir de la prueba N° 5. Ello también fue verificado el 26 de octubre de 2012, el 24 y 25 de febrero de 2014²⁴; obteniéndose inclusive información por parte de las empresas Convergía y Global Back Bone²⁵ a través de las comunicaciones GER-0110-2014 recibida el 10 de julio de 2014 y GB-014-2014, respectivamente, señalando que no se presentaban los problemas denunciados. En consecuencia, no queda pendiente la verificación del mismo, ni efectuar pruebas adicionales a las realizadas varias veces.

Asimismo, debe considerarse que cualquier verificación ulterior solo podría probar una situación posterior, la misma que en el presente caso sería considerada como un comportamiento posterior de la empresa operadora, pero ello no la exime de responsabilidad por el incumplimiento detectado en el presente PAS.

Finalmente, en relación a lo indicado por AMÉRICA MÓVIL, específicamente a que el Legislador habría contemplado que se requería la derogación específica de cada conducta con la finalidad de dotar de mayor claridad el tipo infractor, es preciso señalar que dicho argumento parte de una premisa errada, toda vez que el Nuevo Reglamento de Calidad también contempla la obligación establecida en el artículo 7° antes citado, remitiendo a la normativa sectorial, es decir, a la Ley de Banda Ancha y su Reglamento, a efectos de determinar el tipo infractor.

En efecto, el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, de manera similar a lo regulado por el artículo 7° del Reglamento de Calidad, dispone expresamente en el numeral 10.2 del artículo 10° que, salvo autorización por parte del OSIPTEL, los proveedores de acceso a Internet u operadores de Telecomunicaciones no pueden implementar medidas de gestión de tráfico, administración de red, configuraciones de dispositivos o equipos terminales, u otras que sustentadas en cualquier motivo que pudieran bloquear, interferir, discriminar, restringir o degradar cualquier tipo de tráfico, protocolo, servicio o aplicación, independientemente de su origen, destino, naturaleza o propiedad.

Por lo anteriormente indicado, quedan desvirtuados los argumentos de AMÉRICA MÓVIL en cuanto a este extremo.



²⁴ Según actas de Levantamiento de Información obrantes de fojas 134 a 137 en el expediente de Supervisión N° 00087-2012-GG-GFS.

²⁵ Cabe señalar que mediante cartas C.1255-GFS/2014, C.1256-GFS/2014 y C.1257-GFS/2014 remitidas el 18 de junio de 2014, las cuales obran en el expediente de supervisión N° 00087-2012-GG-GFS, se le solicitó a las empresas operadoras Convergía, Inversiones OSA y Global Backbone respectivamente, informar si los problemas denunciados se mantenían. Dichas comunicaciones fueron reiteradas a las mencionadas empresas el 07 de julio de 2014, a través de las cartas C.1410-GFS/2014, C.1411-GFS/2014 y C.1412-GFS/2014.



B. Respeto a la presunta vulneración al Principio de Licitud

AMÉRICA MÓVIL indica que, en virtud del Principio de Licitud, resultaría un despropósito exigir al administrado que demuestre su actuar ilícito y presumir la existencia de una conducta ilícita sobre la base de denuncias presentadas por las empresas Convergía, Inversiones OSA y Global Backbone, cuando en los hechos no se ha demostrado su incumplimiento.

Al respecto, AMÉRICA MÓVIL señala que la GFS no habría realizado un mayor análisis y pruebas adicionales que permitan determinar su responsabilidad frente a la imputación efectuada y que sustenten motivadamente el inicio del presente PAS, incumpliendo con su actividad probatoria requerida por la LPAG para intentar sancionarla, todo lo cual origina que deban probar su inocencia pese a que dicha carga recaería en la Administración.

Señala dicha empresa operadora que en el Numeral III.3 del Informe de Supervisión, denominado RESUMEN DE LOS CAMBIOS EN EL PROBLEMA PRESENTADO EN APLICACIONES DE VOZ SOBRE IP Y SITUACIÓN ACTUAL, se indica que la supuesta limitación o bloqueo, *“fue variando de forma gradual y según el escenario”, y que “en esa misma fecha y durante la acción de supervisión, el problema se corrigió”*; sustento más que suficiente que, a criterio de AMÉRICA MÓVIL, evidenciaría que las pruebas realizadas no fueron concluyentes para determinar la comisión de la supuesta infracción imputada y prescindir del inicio del presente PAS.

Finalmente, AMÉRICA MÓVIL indica que no se hace mención a la reunión llevada a cabo el día 31 de marzo de 2014, a las 10:00 a.m. en las instalaciones del OSIPTEL, en la cual explicó a detalle que no bloquea ni limita el uso de aplicaciones de voz sobre IP y en la cual los supervisores del OSIPTEL habrían manifestado la necesidad de mayor actuación probatoria, dado que no era posible concluir ni determinar la comisión de la infracción imputada; no obstante, sin mayor fundamento, se habría prescindido de dichas pruebas e iniciado el PAS.

Respecto de lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, si bien de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9²⁶ del artículo 230° de la LPAG, en virtud del Principio de Licitud, la Autoridad administrativa debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario (presunción de inocencia), y en consecuencia, como una derivación del deber de oficialidad que rige el procedimiento administrativo, le corresponde a dicha Autoridad la carga de la prueba²⁷, por lo que corresponde al Administrado acreditar la diligencia debida, los elementos cognoscitivos o volitivos que determinen la falta de voluntariedad del

²⁶ Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

(...)

²⁷ Artículo 162°.- Carga de la prueba

162.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.



infractor o la ocurrencia de hechos impeditivos o extintivos que lo exoneren de responsabilidad²⁸.

Adicionalmente, es necesario considerar que el inicio de un PAS no constituye una imputación de responsabilidad indubitable hacia las empresas operadoras, puesto que estas tienen la posibilidad de contradecir las imputaciones formuladas por el órgano de instrucción, para que sea el órgano resolutorio quien decida la imposición o no de una sanción administrativa.

En el presente caso, tal y como se ha venido señalando, en el Informe de Supervisión se concluyó en atención a las pruebas efectuadas el 04 de octubre de 2012, que AMÉRICA MÓVIL limitó el uso de aplicaciones de voz sobre IP, mediante el bloqueo de mensajes del protocolo SIP en su red, incumpliendo lo dispuesto por el artículo 7º del Reglamento de Calidad. De esta manera, a partir de dichas circunstancias se le imputó a AMÉRICA MÓVIL la comisión de la infracción tipificada en el artículo 12º de dicha norma.

En consecuencia, en virtud de lo anteriormente señalado, habiéndose determinado los hechos constitutivos de la infracción, AMÉRICA MÓVIL debía acreditar los hechos eximentes de la responsabilidad imputada²⁹, es decir, que la limitación del uso de aplicaciones de voz sobre IP, a través del bloqueo de mensajes del protocolo SIP en su red, se debía a una causal que la eximía de responsabilidad, considerando que en virtud a su especialidad, dicha empresa operadora tiene conocimiento de toda aquella actuación que esté vinculada al análisis de su infraestructura o configuración de su red. No obstante, dicha empresa operadora no presentó medio probatorio que permita desvirtuar dicho escenario ni alegó causal que la exima de responsabilidad.

²⁸ Sobre la prueba del error doctrinariamente se ha reconocido que corresponde al presunto infractor desvirtuar la alegación de culpabilidad argüida por la Administración, demostrando que su actuación se ha debido a un error de carácter invencible. Ello ha sido confirmado por diferentes autores:

- "(...) corresponde a la Administración la prueba de los hechos constitutivos de la acusación para desvirtuar la presunción de inocencia, y corresponde al presunto infractor la prueba de los hechos impeditivos o extintivos que alega y que introduce en el procedimiento administrativo (...)" (Subrayado agregado) (GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Los principios de la potestad sancionadora. 1era Edición. Iustel. Madrid, 2008. P.196).

- "Reconoce el precepto a la Administración Pública una facultad, que es deber al propio tiempo, para la práctica de oficio de cuantas pruebas conduzcan a la determinación de los hechos y la fijación de la participación en ellos a los imputados; principio no reñido lógicamente con el derecho de los inculcados a aportar o solicitar la práctica de todas aquellas pruebas que estimen oportunas a su defensa y que el órgano competente deberá admitir salvo que las considere improcedentes (...)" (Subrayado agregado).

(BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. La prueba en el procedimiento administrativo. Editorial Arazandi S.A. Navarra, 2001. P. 213.)

²⁹ - "(...) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad".

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

- "(...) quien se oponga a la realidad de los hechos que han de servir de sustento a las decisiones de la Administración ha de correr con la prueba de esta circunstancia. (...) En resumen, 'el ente que impone la sanción tiene la carga de ofrecer al Juez (previamente habrá debido de hacerlo en el procedimiento administrativo) las pruebas de cargo que justifican el acto sancionador; pero no le incumbe a la Administración, sino al sancionado, acreditar la veracidad de los hechos ofrecidos como descargo' (...)"

BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. La prueba en el procedimiento administrativo. Editorial Arazandi S.A. Navarra, 2001. Pág. 209, 213 y 214.



Adicionalmente a lo expuesto, es necesario indicar que la imputación que da lugar al inicio del presente PAS no se sustenta en modo alguno en las denuncias realizadas por las empresas Convergía, Inversiones OSA y Global Backbone, sino que ellas sirvieron de indicios para verificar un presunto incumplimiento, lo cual, generó que los supervisores del OSIPTEL lleven a cabo varias acciones³⁰ de supervisión realizando múltiples pruebas direccionadas a observar la responsabilidad por la posible limitación de aplicaciones denunciada.

Asimismo, el desarrollo de las acciones de supervisión efectuadas se encuentra detallado en el Informe de Supervisión, razón por la cual el fundamento para el inicio del presente PAS se encuentra claramente descrito en dicho documento.

Ahora bien, en cuanto a lo indicado en el Numeral III.3 del Informe de Supervisión, es necesario hacer mención textual a la frase citada por la empresa operadora. Así, se tiene lo siguiente:

"(...) Durante las pruebas realizadas entre el 26 de abril de 2012 y el 04 de octubre de 2012 se presentaron problemas que inicialmente consistían en el bloqueo de aplicaciones de voz sobre IP (no se podía registrar la sesión en el puerto UDP 5060, pero sí a través de puertos alternativos) y finalmente la limitación del uso de aplicaciones de voz sobre IP (no se podía terminar llamadas en terminales con acceso de Claro) usando el servicio de acceso a Internet de Claro, ver Tabla 9. Cabe precisar que el problema presentado inicialmente, fue variando de forma gradual, apreciándose, por ejemplo, en una etapa intermedia un comportamiento diferenciado para smartphones y módems USB 3G (el 19 de setiembre de 2012 se verificó en las instalaciones de Claro que se podía registrar la sesión a través de smartphones pero no a través de módems USB 3G; ambos con acceso de Claro usando el puerto 5060). Al respecto, es importante resaltar que en el mismo escenario (terminales de usuario, software, servidor, cuentas de acceso), no se presentó el problema en las pruebas en las que se usó (i) el servicio de acceso a Internet de otros proveedores (por ejemplo Nextel, TdP, etc); o, (ii) se usó puertos alternativos (por ejemplo el puerto UDP 5061)."
(Sin subrayado en el original)

Como se puede observar del texto citado, cuando el Informe de Supervisión señala que el problema fue variando de manera gradual, de ninguna forma hace referencia a que en algún momento no haya existido limitación de la aplicación de voz sobre IP, sino que, se explica que dicho problema siempre limitaba, de una forma u otra, el uso de dicha aplicación, ya sea por el equipo o por el puerto utilizado; por lo tanto, no resulta certero que AMÉRICA MÓVIL afirme que las pruebas no fueron concluyentes.

De esta manera, durante la acción de supervisión del 04 de octubre de 2012 se hicieron diversos intentos de uso de la aplicación de voz sobre IP a fin de observar la responsabilidad de la empresa operadora en relación al comportamiento supervisado. A partir del uso de dicha metodología técnica se pudo encontrar el punto exacto que estaba generando problemas en el uso de la aplicación de voz sobre IP, acreditándose que se habría limitado el uso de aplicaciones de voz sobre IP, mediante el bloqueo de mensajes del protocolo SIP en su red; determinándose de manera indubitable el incumplimiento y la responsabilidad de la empresa operadora en la limitación de aplicaciones de voz sobre IP.

De otra parte, respecto a la afirmación vinculada con la subsanación del problema durante la mencionada acción de supervisión, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 230° de la LPAG y lo establecido en el

³⁰ Realizadas el 02, 30, 31 de mayo, 05 de julio, 13, 14, 19, 21 y 27 de setiembre, 04 y 26 de octubre de 2012; 24 y 25 de febrero de 2014.



artículo 30° de la LDFF, las circunstancias en las que se cometió la infracción y/o el comportamiento posterior no son criterios a ser tomados en cuenta a fin de verificar la configuración de la infracción, sino que constituye un criterio a ser valorado a efectos de graduar la sanción una vez que se ha determinado la misma; sin perjuicio que, por otra parte, deba considerarse que ello no constituye una liberalidad extraordinaria de la empresa operadora, sino más bien acciones tendientes al restablecimiento de la legalidad afectada.

Finalmente, en cuanto a la reunión de fecha 31 de marzo de 2014, ésta fue solicitada por la empresa operadora a fin de aclarar las dudas en relación al requerimiento de información efectuado por la GFS mediante carta N° C.627-GFS/2014 notificada el 25 de marzo de 2014, siendo que lo tratado en la reunión señalada fue recogido en la carta de respuesta N° DMR/CE-M/F/N°463/14 remitida por AMÉRICA MÓVIL, y recibida el 31 de marzo de 2014³¹, la misma que formó parte del análisis contenido en el Informe de Supervisión.

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

2.3 Sobre la aplicación del artículo 55° del RGIS

AMÉRICA MÓVIL solicita se aplique lo dispuesto en el artículo 55° del RGIS, norma vigente durante la supuesta comisión de la infracción, el 04 de octubre de 2012, considerando que, tal y como se indica en el Informe de Supervisión, en esta fecha el problema se corrigió, no volviéndose a presentar según las verificaciones realizadas con fechas 26 de octubre de 2012, 24 y 25 de febrero de 2014; con lo cual, se aprecia una subsanación voluntaria de la conducta antes del inicio del PAS e incluso de la elaboración del mencionado Informe.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL solicita tener en cuenta, según considera, que la conducta infractora no ha podido ser comprobada en la etapa de supervisión; que la misma no ha ocasionado en lo absoluto un perjuicio económico al mercado o los usuarios; que no existe reincidencia de la supuesta conducta infractora; que no existió intencionalidad; y, que ha colaborado permanentemente en el procedimiento de supervisión para esclarecer los hechos materia de infracción, manifestando su voluntad de solucionar los inconvenientes presentados e incorporando nuevos estándares que han permitido eliminarlos.

De otro lado, la empresa operadora hace referencia al pronunciamiento emitido por este Organismo Regulador en el trámite del Expediente N° 0002-2014-GG-GFS/PAS, a través del cual se reconocería expresamente que correspondía a la GFS efectuar un análisis de la razonabilidad sobre el inicio del PAS, lo cual coincidiría con los fundamentos expuestos en sus descargos.

Asimismo, AMÉRICA MÓVIL solicita considerar el Memorando N° 122-GFS/2005 de fecha 17 de febrero de 2005, en el cual se establecen los supuestos en los cuales los funcionarios de la GFS deberán archivar los expedientes de supervisión, por cuanto el supuesto incumplimiento imputado fue subsanado y posteriormente verificado en diversas acciones de supervisión antes de la emisión del Informe de Supervisión; ello, sin contar con que las propias empresas denunciantes habrían comunicado al regulador que los supuestos problemas advertidos ya no se vienen presentando.

³¹ Información obrante de fojas 146 y 150 en el Expediente de Supervisión N° 0087-2012-GG-GFS

Respecto a lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL, es importante tener en cuenta que la norma vigente al momento en que ocurrieron los hechos constitutivos de la infracción es el artículo 55° RGIS, por lo que corresponderá analizar las disposiciones de esta norma; salvo que existan disposiciones del Reglamento General de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL (RFIS) que les sean más favorables, en aplicación de lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria de esta última norma.

Ahora bien, el artículo 55° del RGIS establecía lo siguiente:

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

Cuando la subsanación se produzca antes de que transcurran diez (10) días computados desde la recepción de la decisión de OSIPTTEL que comunica su propósito de imponer una sanción, el órgano competente no podrá imponer una multa superior a:

- a. treinta (30) UIT, tratándose de infracciones leves;
- b. cien (100) UIT, tratándose de infracciones graves; y,
- c. doscientos cincuenta (250) UIT, tratándose de infracciones muy graves.

De la lectura de lo estipulado en el referido artículo, se observa que éste resulta de aplicación discrecional por parte de la Administración, requiriendo los siguientes requisitos y características:

- (i) Que se haya configurado un infracción calificada como no muy grave; y,
- (ii) Que la empresa operadora subsane (parámetro objetivo para evaluar aplicación de la discrecionalidad) espontáneamente la infracción hasta el quinto día posterior a la fecha de notificación del PAS.

En el caso particular, de acuerdo a lo señalado, el incumplimiento del artículo 7° del Reglamento de Calidad, se encuentra tipificado a través del artículo 12° del mismo como una infracción grave, por lo que bajo esas circunstancias se cumple con el primer requisito del artículo 55° del RGIS.

Con relación al segundo requisito (ii) establecido en el artículo 55° del RGIS, es necesario indicar que el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define al vocablo “*subsanar*”, como la reparación o el remedio de un defecto, así como la acción de resarcir un daño³². Asimismo, la doctrina nacional, al desarrollar el artículo 236°-A³³ de la LPAG, refiere que la subsanación voluntaria –ocurrída con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos– no implica solo un pasivo arrepentimiento por el ilícito, sino que implica también procurar de manera espontánea la reparación del mal o daño causado³⁴.

³² <http://lema.rae.es/drae/?val=subsanar>

³³ **Artículo 236°-A.- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones**

Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:

1.- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235°.

(...)

³⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit. Pg. 750.



En ese sentido, a efectos de considerar subsanada la conducta imputada, no basta solo el cese de la conducta infractora por parte de AMÉRICA MÓVIL; sino que, además, dicha empresa operadora debe acreditar la reparación a quienes hubiere afectado por la limitación del uso de aplicaciones de voz sobre IP.

Al respecto, resulta necesario considerar que, en el presente caso el servicio que se vio afectado fue el de comunicaciones de voz a través de la tecnología de voz sobre IP, el cual configura una tecnología alternativa a las tradicionalmente empleadas. En relación a ello, las empresas operadoras Global Backbone, Inversiones OSA y Convergía denunciaron que no pudieron usar determinadas aplicaciones brindadas a través del servicio de acceso a Internet de Claro; situación que no se presentaba con el servicio de otros operadores como por ejemplo Movistar y Nextel. Sobre el particular, Inversiones OSA detalla la afectación sufrida:

"Inversiones OSA SAC cuenta con Concesión de telefonía Fija local y Larga distancia Internacional según RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 596-2009-MTC/03 y durante los últimos meses Inversiones OSA se ha encontrado implementando su plataforma de Telefonía IP para llevar al mercado peruano servicios de alto valor agregado, basados 100% en la Telefonía IP.

(...)

El bloquear un puerto de comunicaciones en internet, tal como aparentemente lo está haciendo América Móvil, viene siendo una práctica monopólica ya que operadores de telefónica IP como Perusat, Inversiones OSA, Convergía, entre otros, se pueden ver afectados en el despliegue de su tecnología, limitando el crecimiento de estas empresas, y afectando gravemente el servicio de sus abonados. Cabe señalar que no sólo se ven afectados los operadores que utilizan la Telefonía IP, sino también se ven afectado los abonados de América Móvil, ya que nunca podrán acceder a servicios de terceras empresas como aplicaciones de google, Facebook, donde en ocasiones se utiliza la voip como método de transporte de llamadas".

(Sin subrayado en el original).

Sobre el particular, en la línea de lo señalado en el Informe de Supervisión, es pertinente precisar que una empresa para brindar el servicio de voz usando la tecnología de voz sobre IP, requiere: i) la infraestructura tecnológica IP; y, ii) usuarios que cuenten con el servicio de acceso a Internet. El servicio de acceso a Internet de éstos usuarios puede ser provisto por cualquier ISP (Proveedor de Servicios de Internet), debiendo brindarse sin restricción/limitación alguna para las aplicaciones del servicio de voz (sin bloqueo de puertos, mensajes de protocolos, etc); de lo contrario, el servicio de voz (usando la tecnología de voz sobre IP) no funcionará adecuadamente o tendrá un funcionamiento limitado y los usuarios de éste ISP no contratarán los referidos servicios de voz; por cuanto éstos no se podrían brindar de manera efectiva.

De esta manera, en el caso específico bajo análisis, las mencionadas empresas operadoras, Global Backbone, Inversiones OSA y Convergía, denunciaron no poder brindar el servicio de comunicaciones de voz usando la tecnología IP sobre el Internet de manera efectiva a los usuarios de AMÉRICA MÓVIL, al no establecerse las llamadas entrantes, a causa de las restricciones en el servicio de acceso a Internet.

En consecuencia, por un lado tales empresas no podrían vender sus servicios a los usuarios de AMÉRICA MÓVIL, y por otro lado, los usuarios de ésta³⁵, no utilizarían los servicios de las empresas operadoras de servicios de comunicaciones de voz usando

³⁵ Para el servicio de acceso a Internet, a setiembre de 2012 Claro contaba con 1'050,681 de suscripciones combinadas (teléfonos móviles), 276221 suscripciones exclusivas (teléfonos móviles) y 255,749 suscripciones exclusivas (módems USB y otros), según la información publicada en www.osiptel.gob.pe

la tecnología IP; es decir, esta masa de clientes insatisfechos buscaría contratar sus servicios con otros operadores de comunicación.

En esa línea, no es posible concluir que existió una subsanación de la conducta por parte de AMÉRICA MÓVIL, puesto que aun cuando en la misma acción de supervisión el problema se solucionó, a nivel técnico no se reparó el daño en relación a los usuarios y las empresas afectados.

De otro lado, es necesario indicar que en virtud de la retroactividad benigna, tampoco es posible la aplicación del artículo 18° del RFIS, toda vez que su primer requisito establece lo siguiente:

Artículo 18.- Régimen de beneficios

La empresa operadora contará con los siguientes beneficios

i) Cuando, hasta el quinto día posterior a la fecha de comunicación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, la Empresa Operadora acredite que se ha producido el cede de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y la reversión de todo efectivo derivado, el OSIPTEL reducirá la multa a imponer dentro de un rango de treinta por ciento (30%) a sesenta por ciento (60%). (...)"

Por lo tanto, considerando lo anteriormente indicado, tampoco es posible revertir los efectos de la limitación de aplicaciones que no permitieron el uso de aplicaciones de voz sobre IP.

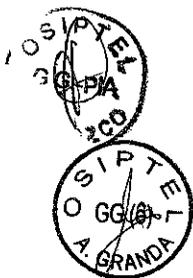
En consecuencia, no es posible la aplicación del Régimen de Beneficios al caso particular, y con ello, se desvirtúan los argumentos vertidos por la empresa operadora en este extremo.

De otro lado, respecto a considerar de aplicación el Memorando N° 122-GFS/2005, así como el pronunciamiento contenido en el expediente N° 0002-2014-GG-GFS/PAS, es necesario precisar que tal como se infiere del señalado Memorando, la aplicación de los criterios referidos al archivo de expedientes cuando medie una subsanación, se encuentra supeditada a la evaluación previa por parte del supervisor a cargo, en cada caso concreto y atendiendo a las particularidades específicas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que mediante el Informe de Supervisión, la GFS fundamentó la razón por la cual en el presente caso correspondía el inicio de un PAS, al haberse determinado el incumplimiento por parte de la empresa operadora y considerando la afectación que este producía.

En esa línea, atendiendo a las circunstancias previamente analizadas en el presente caso, es preciso tener en cuenta que el ejercicio de la potestad sancionadora y la correspondiente imposición de una sanción administrativa, se justifican y constituyen el medio viable e idóneo para desalentar la comisión de la infracción, en tanto se busca una finalidad preventiva y represiva, a fin de que la empresa adopte mayor diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones; no correspondiendo en el caso particular, la aplicación de los criterios adoptados por la GFS a través del Memorando N° 122-GFS/2005.

Finalmente, las circunstancias referidas por AMÉRICA MÓVIL en relación a la comisión de la infracción, serán consideradas para efectos de graduar la sanción, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 230° de la LPAG y lo establecido en el artículo 30° de la LDFF.



3. Determinación de la sanción

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 30° de la LDFF, así como el Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando imponen sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido³⁶.

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:

De conformidad con lo señalado en el artículo 12° del Reglamento de Calidad, AMÉRICA MÓVIL habría incurrido en una infracción grave. 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) UIT.

Al respecto, es necesario precisar que el servicio de Internet viene siendo el canal más accesible y sencillo para acceder a todo tipo de información; incluso, actualmente, soporta otros servicios de telecomunicaciones, por lo cual restringir su acceso podría considerarse como violar de cierta manera el derecho a gozar de los servicios de telecomunicaciones.

- (ii) Magnitud del daño causado, perjuicio económico:

En el presente caso no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico.

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

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



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.

(...)



- (iv) Circunstancias de la comisión de la infracción y comportamiento posterior del sancionado:

Como se ha señalado, el problema presentado fue denunciado por las empresas operadoras Global Backbone, Inversiones OSA y Convergía, las cuales brindan el servicio de comunicaciones de voz a través de la tecnología de voz sobre IP, tecnología alternativa a las tradicionalmente empleadas. Tales empresas señalaron que no podían usar determinadas aplicaciones brindadas a través del servicio de acceso a Internet de AMÉRICA MÓVIL; situación que no se presentaba con el servicio de otros operadores como por ejemplo con las empresas Telefónica del Perú y Entel.

Al respecto, se debe indicar que a setiembre de 2012, las tres (03) empresas denunciadas tenían en su conjunto siete mil trescientos diecisiete (7317)³⁷ usuarios, por lo que, potencialmente, ese número de usuarios se podría haber visto afectado por la limitación del uso de aplicaciones de voz sobre IP mediante el bloqueo de mensajes del protocolo SIP en la red de AMÉRICA MÓVIL.

De esta manera, en la línea de lo mencionado, tales empresas operadoras, Global Backbone, Inversiones OSA y Convergía Perú, no pudieron brindar el servicio de comunicaciones de voz usando la tecnología IP sobre el Internet de manera efectiva a los usuarios de AMÉRICA MÓVIL, al no establecerse las llamadas entrantes, a causa de las restricciones en el servicio de acceso a Internet presentadas en su ISP; con lo cual, por un lado tales empresas no podrían vender sus servicios a los usuarios de AMÉRICA MÓVIL, y por otro lado, los usuarios de ésta³⁸, no contratarían los servicios de las empresas operadoras de servicios de comunicaciones de voz usando la tecnología IP.

De otro lado, como comportamiento del sancionado, resulta necesario precisar que en la misma acción de supervisión del 04 de octubre de 2012, el problema presentado dejó de ocurrir a partir de la prueba N° 5: lo cual también fue verificado el 26 de octubre de 2012, el 24 y 25 de febrero de 2014.

Asimismo, con posterioridad se obtuvo información por parte de las empresas denunciadas Convergía y Global Back Bone³⁹, a través de las comunicaciones GER-0110-2014 recibida el 10 de julio de 2014 y GB-014-2014, respectivamente, señalando que no se volvieron a presentar los problemas que originaron el inicio del presente PAS.

En cuanto a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL en su comunicación DMR/CE/N°2027/15, sobre las acciones implementadas para cumplir con lo dispuesto en el artículo 7° del Reglamento de Calidad, dicha empresa operadora ha señalado que, con la finalidad de brindar acceso irrestricto del

³⁷ Según información publicada en la página Web www.osiptel.gob.pe.

³⁸ Para el servicio de acceso a Internet, a setiembre de 2012 Claro contaba con 1'050,681 de suscripciones combinadas (teléfonos móviles), 276221 suscripciones exclusivas (teléfonos móviles) y 255,749 suscripciones exclusivas (módems USB y otros), según la información publicada en la página Web www.osiptel.gob.pe.

³⁹ Cabe señalar que mediante cartas C.1255-GFS/2014, C.1256-GFS/2014 y C.1257-GFS/2014 remitidas el 18 de junio de 2014, las cuales obran en el expediente de supervisión N° 00087-2012-GG-GFS, se le solicitó a las empresas operadoras Convergía, Inversiones OSA y Global Backbone respectivamente, informar si los problemas denunciados se mantenían. Dichas comunicaciones fueron reiteradas a las mencionadas empresas el 07 de julio de 2014, a través de las cartas C.1410-GFS/2014, C.1411-GFS/2014 y C.1412-GFS/2014.



servicio a sus abonados, desde el año 2013 hace uso de NAT (Network Address Translation, RFC4787, RFC5382, RFC5508) en su salida a Internet; dicho mecanismo tiene por finalidad brindar la continuidad del servicio de Internet –a pesar de haberse agotado el direccionamiento IP público IPv4– así como permitir una transición hacia IPv6.

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

No existen elementos objetivos que permitan determinar el beneficio obtenido por AMÉRICA MÓVIL en el presente caso.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar, en la línea de lo anterior que, al limitarse o bloquearse las aplicaciones de voz de Convergía, Inversiones OSA o Global Backbone, sin duda alguna se degradó la calidad del servicio que ofrecen estas empresas; lo cual origina que la masa de clientes insatisfechos busque contratar sus servicios con otros operadores de comunicación, siendo AMÉRICA MÓVIL uno de los que captura este flujo de clientes, generándose para sí ingresos adicionales.

Asimismo, debe considerarse que, en general, la terminación de las llamadas de un operador en una red que no es suya implica un costo de provisión para el operador donde termina la comunicación. Así, cuando el operador bloquea o limita las llamadas de los clientes de otros operadores en su red se evita el costo de la interconexión⁴⁰.

(vi) Intencionalidad en la comisión de la infracción:

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

(vii) Capacidad económica:

La multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por AMÉRICA MÓVIL en el año 2011 (considerando que la supervisión se llevó a cabo en el año 2012), de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 25⁴¹ de la LDFF.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF, al Principio de Razonabilidad, corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL con una multa de cincuenta y un (51) UIT, por la infracción grave tipificada en el artículo 12 del Reglamento de Calidad, por el incumplimiento del artículo 7° de la misma norma.

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



⁴⁰ Es conveniente señalar, que también se puede interpretar lo siguiente: En vista que los que los clientes de Convergía, Inversiones OSA o Global Backbone no podían comunicarse con los usuarios de América Móvil, tuvieron que recurrir al servicio de voz tradicional.

⁴¹ Artículo 25° Calificación de las infracciones y niveles de multa. (...)

"25.1 (...) Las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. (...)"

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con cincuenta y un (51) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 7° del Reglamento de Calidad; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la misma.

Artículo 2°.- 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 3°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión coordinar con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme, y poner en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



ANA MARÍA GRANDA BÉRRERA
Gerente General (e)

