



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00115-2017-GG/OSIPTEL

Lima, 2 de junio de 2017

EXPEDIENTE Nº	:	00031-2015-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTO: El Recurso de Reconsideración presentado por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (AMÉRICA MÓVIL) con fecha 06 de diciembre de 2016, contra la Resolución de Gerencia General Nº 00539-2016-GG/OSIPTEL;

CONSIDERANDO:

ANTECEDENTES

1. Mediante Informe de Supervisión Nº 418-GFS/2015 (Informe de Supervisión), de fecha 05 de mayo de 2015, contenido en el Expediente Nº 00077-2015-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la Gerencia de Fiscalización y Supervisión – hoy Gerencia de Supervisión y Fiscalización¹ - (GSF), emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 44° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso por parte de AMÉRICA MÓVIL, respecto de la interrupción ocasionada el 30 de setiembre de 2014, concluyendo que la empresa operadora incumplió el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, aprobado con Resolución de Consejo Directivo Nº 138-2012-CD/OSIPTEL, recomendando el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), al haberse verificado la ocurrencia de una (01)⁽²⁾ interrupción del servicio de Comunicaciones Personales (PCS), afectando los departamentos Huánuco, Junín, Lima, Paso, Ucayali y la Provincia Constitucional del Callao.
2. Mediante carta C.809-GFS/2015, notificada el 05 de mayo de 2015, la GSF comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento del artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
3. Con Carta S/N, recibida el 16 de junio de 2016, AMÉRICA MÓVIL remitió sus descargos por escrito (Descargos).
4. Con fecha 20 de setiembre de 2016, la GSF remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos Nº 725-GFS/2016 (Informe Final de Instrucción).
5. Mediante Resolución de Gerencia General Nº 539-2016-GG/OSIPTEL, notificada el 11 de noviembre de 2016, se resolvió, entre otros, lo siguiente:

“Artículo 1°.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con cinco (05) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de

¹ En virtud de la modificación del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado con Decreto Supremo Nº 045-2017-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de abril de 2017. En virtud de ello, cualquier mención a la denominación de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (GSF) deberá entenderse que hace alusión a la “Gerencia de Supervisión y Fiscalización” (GSF), y viceversa.

² Ticket Nº 286025





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 44° de la misma norma, al no haber cumplido con prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida respecto de la interrupción del servicio telefonía móvil registrada el día 30 de setiembre de 2014; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”

6. AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 00539-2016-GG/OSIPTTEL, mediante escrito de fecha 06 de diciembre de 2016.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 216.2 del artículo 216° del TUO de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles perentorios, contados desde el día siguiente de la notificación del acto impugnado.

El artículo 217° del TUO de la LPAG establece lo siguiente:

“Artículo 217°.- Recurso de Reconsideración

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

De la revisión del recurso de reconsideración presentado por la empresa operadora, se verifica que fue interpuesto dentro del plazo legal establecido.

Asimismo, AMÉRICA MÓVIL considera que esta instancia debe revocar la Resolución de Gerencia General N° 00539-2016-GG/OSIPTTEL, teniendo en consideración los siguientes fundamentos:

1. La resolución impugnada vulneraría los Principios de Predictibilidad, Culpabilidad y Presunción de Licitud al no haber considerado el actuar diligente de su representada frente a la ocurrencia de un hecho totalmente ajeno a su responsabilidad. Sustenta su argumento en la Resolución N° 141-2016-GG/OSIPTTEL (**Prueba 1**) y la Resolución N° 0002-2016-TRASU-PAS/OSIPTTEL (**Prueba 2**).
2. La resolución impugnada no sustenta debidamente las razones por las cuales no incluyó el Ticket N° 286025 en el análisis del segundo semestre del año 2014, lo cual vulnera el Principio de Predictibilidad (**Prueba 3, 4, 5 y 6**).
3. La resolución impugnada no habría sustentado suficientemente la razón por la cual no acoge la sanción recomendada por la GSF en el Informe N° 725-GFS/PAS. Sustenta su argumento en la Resolución N° 065-2016-CD/OSIPTTEL (**Prueba 7**).
4. La resolución impugnada vulneró los Principios de Razonabilidad, Igualdad e Imparcialidad, toda vez que resulta mucho más gravosa que las impuestas a empresas del Grupo Telefónica en procedimientos sancionadores análogos (**Prueba 8, 9 y 10**).





5. La resolución impugnada no tomó en cuenta que AMÉRICA MÓVIL efectuó las devoluciones correspondientes al evento de interrupción del 30 de setiembre de 2014 (**Prueba 11 y 12**).

Conforme establece el artículo 217° del TUO de la LPAG, el recurso de reconsideración es el recurso que puede interponer el administrado ante la misma autoridad emisora de una decisión controvertida, a fin de que evalúe la nueva prueba aportada, y por acto de contrario imperio, proceda a modificarlo o revocarlo. Asimismo, se debe tener en cuenta que la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración está referida a la presentación de un nuevo medio probatorio, que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos materia de controversia³.

Sobre la procedencia de un recurso de reconsideración, MORÓN URBINA⁴ señala lo siguiente:

Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración. Esto nos conduce a la exigencia de la nueva prueba que debe aportar el recurrente, y ya no solo la prueba instrumental que delimitaba la norma anterior. Ahora cabe cualquier medio probatorio habilitado en el procedimiento. Pero a condición que sean nuevos, esto es, no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, (...) (el subrayado es nuestro)

De acuerdo a lo expuesto, una nueva prueba será idónea y pertinente en la medida que guarde relación directa con el objeto de las pretensiones formuladas a través del recurso de reconsideración y se trate de un medio probatorio no evaluado con anterioridad.

Considerando lo anterior, no resulta pertinente para la evaluación del presente recurso de reconsideración, la prueba señalada en el numeral (i) del punto anterior, la misma que sustentaría la vulneración de los Principios de Predictibilidad y Culpabilidad, aludidos en su recurso, AMÉRICA MÓVIL, alcanza en calidad de nueva prueba la Resolución N° 141-2016-GG/OSIPTTEL (**Prueba 1**); cabe señalar que el pronunciamiento contenido en la misma se refiere de manera general a la debida diligencia y la aplicación de la misma a la casuística de dicho procedimiento⁵.

Así, AMÉRICA MÓVIL pretende que se exima de responsabilidad en la comisión de la infracción en tanto, refiere que actuó sin dolo y sin culpa y cumpliendo con el debido nivel de diligencia. Para ello presenta la Prueba N° 1 que desarrolla la “diligencia como eximente de responsabilidad”.

Al respecto, es preciso señalar que en la resolución impugnada esta instancia hizo un análisis de la debida diligencia en el numeral 1.6, señalando lo siguiente:

“(...) está acreditado por el OSIPTTEL que se produjo la interrupción del servicio; por lo que –como se ha referido–, AMÉRICA MÓVIL debe acreditar que los sucesos que refiere como causa externa,

³ MORÓN URBINA, Juan Carlos: Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Octava Edición. Diciembre, 2009. Páginas 612 y 614.

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, Novena Edición, Lima, 2011, Pág. 620.

⁵ En efecto, tal Resolución versa sobre el incumplimiento del artículo 6° y el tercer párrafo del artículo 12° del TUO de las Condiciones de Uso; y respecto a la actuación diligente de las empresas operadoras, señaló:

“Asumir lo contrario, implicaría un relajamiento de las obligaciones que se encuentran a cargo de las empresas operadoras, donde el obligado se exoneraría del cumplimiento aduciendo que su actividad implicaría la posibilidad que ocurra un error. Debe tenerse presente que la sanción, además de ser represiva, presenta también un carácter disuasivo, a fin que los obligados internalicen las consecuencias de sus acciones, incluso cuando el acaecimiento del supuesto típico ocurra con una probabilidad, ante la cual, deberán extremarse las medidas de diligencia; salvo que se demuestre que la producción del evento estuvo fuera del control del obligado, pues la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad”. El subrayado es nuestro.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

efectivamente se produjeron. Ahora bien, como también señala el autor citado, en el campo del Derecho Administrativo Sancionador el caso fortuito puede ser objeto de punición, “pero no porque se prescindiera del dolo o culpa en la acción, sino porque se infringe el deber de cuidado o diligencia en la evitación de un daño previsible”⁶.

Por consiguiente, AMÉRICA MÓVIL no ha remitido medio probatorio que acredite que la falla en el hardware que produjo la interrupción del servicio fue originada por una causa externa que la exima de responsabilidad y si bien hace referencia a la existencia de un mecanismo de respaldo, éste no habría funcionado; y simplemente se ha limitado a presentar el informe técnico de su proveedor.

En ese contexto, no resulta procedente el análisis de la resolución alcanzada por AMÉRICA MÓVIL como nueva prueba, en tanto que la debida diligencia si fue analizada por esta instancia al momento de emitirse la resolución impugnada.

En cuanto a la Resolución N° 0002-2016/TRASU-PAS/OSIPTTEL (**Prueba 2**) traída a colación por AMÉRICA MÓVIL como nueva prueba –numeral ii), ésta desarrolla aspectos generales sobre el alcance del Principio de Licitud⁷ y la aplicación del mismo a la casuística de dicho procedimiento, el cual está referido una infracción distinta⁸ a la que es materia de evaluación en el presente PAS; sin que pueda advertirse de tal pronunciamiento, algún precedente o criterio resolutivo que pueda ser considerado de aplicación al presente caso.

Asimismo, conforme es posible advertir de la resolución de Gerencia General impugnada, en el numeral 1.6: *Sobre la responsabilidad de AMÉRICA MÓVIL (Ticket N° 286025)*, de la misma, se evaluó la supuesta vulneración al Principio de Licitud alegado en su oportunidad por AMÉRICA MÓVIL en base a argumentos similares a los indicados en su recurso de reconsideración (así, que no se habría realizado un mayor análisis y pruebas adicionales.

En consecuencia, no resulta procedente el análisis de la prueba alcanzada por AMÉRICA MÓVIL – Resolución N° 0002-2016/TRASU-PAS/OSIPTTEL -, puesto que no corresponde a un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite que la Administración revise nuevamente su pronunciamiento.

De igual manera, en cuanto a la Resolución N° 065-2016-CD/OSIPTTEL (**Prueba 7**), citada por AMÉRICA MÓVIL como nueva prueba –numeral (vii) – para sustentar el incumplimiento del Principio de Razonabilidad, cabe señalar que ésta no resulta pertinente en el presente caso, puesto que el pronunciamiento contenido en la misma se refiere de manera general a dicho Principio y la aplicación del mismo a la casuística de dicho procedimiento⁹.

⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. Cit. P. 423.

⁷ Así, la Resolución N° 002-2016/TRASU-PAS/OSIPTTEL señala lo siguiente –entre otros fundamentos– respecto del Principio de Licitud:

“El derecho a la Presunción de Inocencia o Licitud en el PAS implica que la Administración no puede sancionar sin pruebas, produciendo una inmediata consecuencia procesal que consiste en desplazar la carga de la prueba, el onus probando al acusador, en tanto es la Administración quien soportará la carga de probar los elementos de hecho integrantes del tipo de la infracción administrativa y la culpabilidad del imputado a efectos de desvirtuar dicha presunción.

Es así que, el Principio de Presunción de Licitud cubre al imputado durante el curso del PAS, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando para finalmente, definirse mediante el acto administrativo que pone fin al procedimiento, en tal sentido, ésta presunción cederá si la autoridad logra acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tenga seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo, y esboce un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción. En tal sentido, este derecho acompaña al presunto infractor durante todas las etapas del procedimiento sancionador, de modo tal que dicha presunción constituye una barrera del administrado frente a la pretensión punitiva de la Administración, que tiene que ser destruida para la imposición legítima de una sanción.”

⁸ Artículo 13° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (Incumplimiento de Resoluciones del TRASU).

⁹ En efecto, tal Resolución, el Consejo Directivo señaló lo siguiente respecto al Principio de Razonabilidad, en el marco del PAS por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 12° del TUO de las Condiciones de Uso:

El Principio de Razonabilidad, se encuentra establecido en el artículo 230° de la LPAG, el cual prescribe lo siguiente:





Sin perjuicio de lo anterior, es preciso indicar que el Informe de Análisis de Descargos no tiene carácter vinculante, puesto que no obliga a la Gerencia General¹⁰, y se sustenta en la observancia del numeral i) del artículo 21° del RFIS que señala que la Gerencia General es la instancia competente para imponer sanciones. Análogamente, el inciso 5 del artículo 253° del TUO de la LPAG también es muy claro al respecto al indicar que, cuando la estructura del procedimiento contempla la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución, como en el caso del OSIPTEL, la autoridad instructora, en nuestro caso la GSF, propone, entre otras cosas, las conductas que se consideren probadas constitutivas de la infracción y la sanción que se debe imponer, correspondiendo al órgano resolutorio decidir la aplicación de la sanción¹¹. En consecuencia, la GSF solo propone y su opinión no es imperativa para la Gerencia General, quien finalmente toma la decisión de sancionar o no en primera instancia administrativa.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

1. En cuanto a la no inclusión del Ticket N° 286025 en la evaluación semestral de las interrupciones

Señala AMÉRICA MÓVIL que la resolución impugnada contiene un evidente alejamiento del Principio de Predictibilidad en tanto que no se condice con los criterios seguidos por el Regulador para el análisis de los eventos de interrupción; máxime si se omitió sustentar debidamente las razones por las cuales el evento de interrupción registrado con Ticket N° 286025, fue extraído del análisis realizado del segundo semestre del año 2014.

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

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

(...)

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

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

(...)"

De dicho dispositivo se desprende que la aplicación de una sanción, por tratarse de una afectación de derechos, debe ser equivalente o proporcional al incumplimiento objeto de sanción. Razón por la cual no puede ser tan diminuta que no alcance los efectos disuasivos que inspiraron a la norma, ni tan gravosa que rompa su correspondencia con la gravedad de la infracción. De tal forma que, con la finalidad de obtener esa debida proporción, la legislación exige a la autoridad administrativa considerar los elementos taxativamente expuestos en la norma, a fin de imbuir a su decisión de la necesaria razonabilidad para su aplicación a cada caso concreto (⁹).

¹⁰ El numeral 180.2 del artículo 180° de la LPAG dispone que los informes se presumen facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley. En esa línea, la RFIS no plantea ninguna excepción a dicha regla.

¹¹ "Artículo 253.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

(...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento resuelve la imposición de una sanción o la no existencia de infracción. En caso de que la estructura del procedimiento contemple la existencia diferenciada de órganos de instrucción y órganos de resolución concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora formulará propuesta de resolución en la que se determinará, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone que se imponga; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción. Recibida la propuesta de resolución, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción podrá disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento."





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Sobre este punto, refiere dicha empresa operadora que el Regulador estableció el criterio de las evaluaciones “trimestrales” con la Resolución N° 689-2015-GG/OSIPTTEL (**Prueba 3**); sin embargo, mediante la Carta C.372-GFS/2015 (**Prueba 4**), la GSF estableció obligaciones relacionadas con los eventos de interrupción de los servicios públicos de telecomunicaciones, de manera “semestral”¹².

Teniendo en cuenta que el criterio de periodo semestral de evaluación, se notificaron sendos procedimientos sancionadores mediante las Cartas N° C.1752-GFS/2015 (**Prueba 5**) y C.2175-GFS/2015 (**Prueba 6**). En ese sentido, el inicio del PAS, por un solo Ticket vulneraría el Principio de Predictibilidad.

Sobre el particular, no debe perderse de vista que el ejercicio de la función supervisora del OSIPTTEL se rige por, entre otros principios, el Principio de Discrecionalidad recogido en el literal d) del artículo 3° de la LDFF¹³, en virtud al cual tiene la facultad legal de determinar los alcances y términos de sus planes y métodos de supervisión, dentro de los cuales están comprendidos las acciones de supervisión que se ejecutarán y las entidades que serán materia de supervisión. Por lo tanto, el OSIPTTEL puede determinar el periodo de evaluación de las interrupciones atendiendo a la necesidad y razonabilidad de la adopción de dicha decisión, tal como fue expuesto en la resolución impugnada.

Ahora bien, en cuanto a los criterios que se habrían establecido para casos similares al analizado en el presente PAS –aludiendo AMÉRICA MÓVIL a los Expedientes N° 56-2015-GG-GFS/PAS⁽¹⁴⁾ y N° 73-2015-GG-GFS/PAS⁽¹⁵⁾–, corresponde precisar que en esa oportunidad se consideró que correspondía tramitar las interrupciones reportadas por cada periodo semestral, como se estableció en la Carta C.372-GFS/2015 (**Prueba 4**).

Cabe indicar que una situación diferente se presenta en el presente PAS, en el cual la Resolución de Gerencia General impugnada, en base a la magnitud y el impacto que ocasionó este evento en los usuarios, señaló la existencia de sustento suficiente para que el evento producido el día 30 de setiembre de 2014 se analice y tramite de manera independiente a la evaluación semestral de las interrupciones reportadas por la empresa operadora en el periodo correspondiente; considerando, además, que la interrupción masiva que se produjo, ocasionó la interrupción del Servicio Público Móvil de Comunicaciones Personales (PCS) por más de siete horas continuas, como en el caso del departamento de Lima, lo cual se vio reflejado en los medios de prensa y redes sociales, debido al malestar de los usuarios por los inconvenientes ocasionados.

Es preciso indicar que, contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, estos criterios que motivaron evaluar por separado la interrupción acontecida el 30 de setiembre de 2014, fueron expuestos por la GSF, a través de sus Informes N° 418-GFS/2015 y N° 725-GFS/2016.

¹² Es importante destacar que la referida carta no estableció un criterio de observancia obligatoria sino que se limitó a colocar un periodo de evaluación; asimismo,

¹³ “Artículo 3.- Principios de la supervisión

Las acciones de supervisión, que realice OSIPTTEL, se rigen por los siguientes principios:

(...)

d. Discrecionalidad.- En virtud del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo serán establecidos por el órgano supervisor y podrán tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada.”

(Sin subrayado en el original)

¹⁴ Iniciado con la Carta N° C.1752-GFS/2015 (**Prueba 5**)

¹⁵ Iniciado con la Carta N° C.2175-GFS/2015 (**Prueba 6**)





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

En ese sentido, la GSF ha tenido en cuenta criterios lógicos y razonables para decidir el inicio de un PAS por un único evento de interrupción registrado con ticket N° 286025, actuando dentro de los límites de las facultades de supervisión atribuidas; los mismos que fueron recogidos en la resolución impugnada.

Asimismo, cabe indicar que el hecho que AMÉRICA MÓVIL no comparta los fundamentos expuestos en la resolución impugnada, no implica que ello adolezca de validez.

De acuerdo a lo expuesto, no puede aplicarse el mismo razonamiento que se hizo para la evaluación de los expedientes N° 56-2015-GG-GFS/PAS y N° 73-2015-GG-GFS/PAS– conforme los medios probatorios adjuntados en calidad de nueva prueba – debido a que se tratan de circunstancias distintas al presente caso.

Por tanto, esta instancia considera que no se han vulnerado el Principio de Predictibilidad en el presente PAS, en tanto que en el presente caso sí existen criterios razonables que justifican considerar dicho evento (Ticket N° 286025) como un caso excepcional a la decisión de evaluar semestralmente las interrupciones.

2. En cuanto a los Principios de Razonabilidad, Igualdad e Imparcialidad

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la multa impuesta a su representada resulta mucho más gravosa que las impuestas a empresas del Grupo Telefónica en procedimientos sancionadores análogos.

Agrega, que la multa impuesta por la resolución impugnada, aparte de evidenciar un trato desigual y diferenciado, es totalmente discriminatoria y desproporcionada frente a lo resuelto en dos (02) PAS similares al Grupo Telefónica¹⁶.

Así, a través de la Resolución N° 735-2014-GG/OSIPTEL (**Prueba 8**), la misma que ofrecen en calidad de nueva prueba, se sancionó a Telefónica Móviles S.A. con diez (10) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso.

Por su parte, mediante la Resolución N° 046-2015-GG/OSIPTEL (**Prueba 9**), la misma que ofrecen en calidad de nueva prueba, se sancionó a Telefónica del Perú S.A.A. con diez (10) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso.

De lo anterior, AMÉRICA MÓVIL colige que la multa impuesta por la resolución impugnada sería desproporcionada respecto de las multas impuestas a la empresa Telefónica.

Al respecto, tal como se desarrolló en el punto anterior, en el presente PAS, se sancionó a AMÉRICA MÓVIL en base al análisis de la magnitud del daño causado y el perjuicio económico; por lo que esta instancia señaló la existencia de sustento suficiente para que el evento producido el día 30 de setiembre de 2014 se analice y tramite de manera independiente a la evaluación semestral de las interrupciones reportadas por la empresa operadora en el periodo correspondiente; considerando, entre otros, que la interrupción masiva que se produjo el día 30 de setiembre de 2014, entre las 12:37 y 20:07 horas, ocasionó la interrupción del servicio de comunicaciones personales (PCS) por cuatrocientos cincuenta (450) minutos, es

¹⁶ Telefónica Móviles S.A y Telefónica del Perú S.A.A.





decir, 07 horas y 30 minutos, durante las horas en las que existe mayor tráfico en el día, afectando los departamentos de Lima, Callao, Huánuco, Junín, Pasco y Ucayali; y a 364,906 abonados, correspondiente a 466,933 líneas afectadas. Adicionalmente se tuvo en consideración el impacto ocasionado durante el periodo de la interrupción del servicio, entre las 12:37 y las 20:07 horas, que fue el equivalente a ciento noventa y un mil setecientos treinta (191,730) minutos de tráfico¹⁷.

Asimismo, aun cuando AMÉRICA MÓVIL alegue que en casos análogos en el que se evaluaron ciento cuarenta y nueve (149) interrupciones y ciento cuarenta y seis (146) interrupciones, la Gerencia General impuso una multa de diez (10) UIT; la resolución impugnada sustenta debidamente la imposición de una multa de cinco (05) UIT atendiendo a las circunstancias del caso en particular y la magnitud de la afectación ocasionada a los usuarios del servicio afectado, así como los límites mínimos y máximos de la escala de multa prevista para las infracciones leves, de conformidad con el artículo 25° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

De esta manera, pese a lo alegado por AMÉRICA MÓVIL, se aprecia que la Resolución de Gerencia General N° 539-2016-GG/OSIPTEL contiene los fundamentos suficientes que determinaron el monto de la multa impuesta por el incumplimiento del deber de continuidad en el caso en particular; quedando desestimados, por tanto, los argumentos vertidos por dicha empresa operadora en su recurso de reconsideración; no resultando aplicable al caso en particular, las Resoluciones N° 735-2014-GG/OSIPTEL ni N° 046-2015-GG/OSIPTEL.

3. Respecto a la omisión de considerar las devoluciones efectuadas por AMÉRICA MÓVIL a los usuarios afectados como atenuante de responsabilidad.-

AMÉRICA MÓVIL alega que la resolución impugnada no consideró las devoluciones realizadas a los abonados afectados con la interrupción ocurrida para efectos de evaluar la graduación de la multa impuesta, pese a que ésta fue comunicada oportunamente a la GSF, mediante carta DMR/CE-MF/N°227/15, de fecha 30 de enero de 2015 (**Prueba 11**), la misma que presenta como nueva prueba.

Asimismo, sostiene que en resoluciones anteriores, como por ejemplo la N° 505-2014-GG/OSIPTEL (**Prueba 12**), la misma que presenta como nueva prueba, se reconoce que el inicio del proceso de devolución a los abonados afectados, constituyen parte de los elementos a ser evaluados para determinar la sanción a imponerse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30° de la LDDFF del OSIPTEL.

Agrega que, las devoluciones realizadas no deben ser consideradas únicamente dentro del criterio "*Circunstancias de la comisión de la infracción, comportamiento posterior del sancionado, atenuantes de responsabilidad*", sino también en el criterio denominado "*Magnitud del daño causado, perjuicio económico*", puesto que las devoluciones a los usuarios tiene un efecto resarcitorio sobre el perjuicio que se pudo haber generado a los usuarios.

Sobre el particular, es preciso indicar que, en efecto, el 30 de enero de 2015, AMÉRICA MÓVIL presentó al OSIPTEL la carta DMR/CE-MF/N°227/15, mediante la cual comunicó la culminación del proceso de devolución realizado como

¹⁷ La estimación del impacto causado se calculó tomando como referencia el tráfico originado bajo similares circunstancias en cada una de las LAC's afectadas.





consecuencia de la afectación del servicio de comunicaciones personales (PCS), adjuntando un (1) Disco Compacto en el que se detalla dicha información.

En virtud a ello, la GSF en el Informe N° 00041-GFS/2017, del 25 de enero de 2017, procedió a efectuar las verificaciones correspondientes a fin de determinar el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 40° del TUO de las Condiciones de Uso. De acuerdo al referido informe, la GSF concluyó que AMÉRICA MÓVIL no cumplió con realizar las devoluciones al total de abonados que fueron reportados mediante carta N° DMR/CE-F/N° 2090/14, conforme se detalla a continuación:

Estado	Abonados	Monto a Devolver
Activos	365.675	S/ 274.015,37
No activos (*)	45.552	S/ 20.193,13
Plan Bolsa (*)	55.706	S/ 0,00
Total	466.933	S/ 294.208,50

(Elaborado por la GSF)

Teniendo en cuenta el resultado de las verificaciones efectuadas por la GSF sobre las devoluciones realizadas, se tiene que existe una diferencia entre los montos devueltos y los montos calculados, de acuerdo al siguiente detalle:

Estado	Monto a devolver	Monto Devuelto	Diferencia
Activos	S/ 275.087,87	S/ 178.348,48	S/ - 96.739,39

(Elaborado por la GSF)

La GSF señala que a la fecha, AMÉRICA MÓVIL aún no ha completado la devolución de ningún abonado. La diferencia se debe a que la empresa operadora efectuó las devoluciones en el año 2014 (entre el 13 de octubre y el 29 de diciembre), donde consideró la duración de la interrupción reportada inicialmente que es igual a doscientos noventa y un (291) minutos y no los cuatrocientos cincuenta (450) minutos que corresponde, según lo indicado en la Resolución N° 00539-2016-GG/OSIPTEL, notificada el 11 de noviembre de 2016.

En ese contexto, corresponde que esta instancia considere que la iniciativa de AMÉRICA MÓVIL – así como su disposición a colaborar con las labores de supervisión – deba ser evaluada positivamente al momento de graduar la sanción a imponer, al analizar el criterio “*Circunstancias de la comisión de la infracción, comportamiento posterior del sancionado, atenuantes de responsabilidad*”, debiéndose modificar la multa impuesta.

En esa línea, considerando la disposición de la empresa operadora para efectuar las devoluciones correspondientes a la relación de abonados afectados remitida por AMÉRICA MÓVIL, así como el análisis de cada uno de los criterios de graduación expuestos en la resolución impugnada; corresponde reducir la multa impuesta de cinco (5) UIT a cuatro (4) UIT.

De otro lado, en lo concerniente a la “*Magnitud del daño causado*”, la resolución impugnada señaló que en el presente procedimiento no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico; sin embargo, esta instancia consideró apropiadamente que ello no significa que dicho perjuicio no exista. Basta con observar la cantidad de departamentos afectados y





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

duración de la interrupción reportada, así como el horario en el que se produjo para concluir que hubo un perjuicio.

Adicionalmente, de la resolución impugnada se advierte que al momento de analizar este criterio de graduación, se indicó lo siguiente:

*“(ii) Magnitud del daño causado, perjuicio económico:
(...)”*

Cabe señalar que aun cuando la empresa operadora hubiese realizado las devoluciones correspondientes, 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, sin perjuicio que los usuarios contratan y efectúan el correspondiente pago, para obtener un servicio que esté a disposición las veinticuatro (24) horas diarias.”

Como se puede apreciar, la realización de las devoluciones efectuadas no impacta en el criterio de graduación denominado *“Magnitud del daño causado, perjuicio económico”*, en tanto que el perjuicio económico causado persiste aun cuando la empresa operadora cumpla con devolver a la totalidad de afectados.

En tal sentido, de la revisión de los antecedentes y teniendo en cuenta que, las pruebas ofrecidas por AMÉRICA MÓVIL, corresponde declarar FUNDADO EN PARTE el recurso de reconsideración presentado por la referida empresa, y en consecuencia modificar la Resolución de Gerencia General N° 539-2014-GG/OSIPTTEL.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el Recurso de Reconsideración presentado por **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.**, en consecuencia, **MODIFICAR** el monto de la multa contenida en el artículo 1° de la Resolución de Gerencia General N° 539-2016-GG/OSIPTTEL, de 5 UIT a 4 UIT.

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

Regístrese y comuníquese,



ANA MARIA GRANDA BECERRA
GERENTE GENERAL