



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 225 -2018-CD/OSIPTEL

Lima, 19 de octubre de 2018

EXPEDIENTE N°	:	00035-2016-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 195-2018-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación presentado por AMÉRICA MOVIL PERÚ S.A.C. (en adelante AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución de Gerencia General N° 195-2018-GG/OSIPTEL de fecha 13 de septiembre de 2018, mediante la cual se modificó la multa administrativa de 128,35 UIT a 105.7 UIT, por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL al haber incumplido supuestamente el artículo 11° de la referida norma.
- (ii) El Informe N° 00263-GAL/2018 de fecha 15 de octubre de 2018 de la Gerencia de Asesoría Legal
- (iii) Los Expedientes N° 00035-2016-GG-GFS/PAS, N°00234-2015-GG-GFS y N° 00175-2016-GG-GFS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante carta N° C.01283-GFS/2016, notificada el 23 de junio de 2016, se comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y modificatorias (en adelante, el Reglamento de Tarifas), por cuanto habría aplicado una tarifa superior a la informada o puesta a disposición del público.

1.2. Por carta S/N, recibida el 09 de agosto de 2016, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.

1.3. Mediante Carta N° DMR/CE/N° 1592/16 recibida el 09 de agosto de 2016, AMÉRICA MÓVIL presentó una propuesta de metodología para llevar a cabo las devoluciones de los montos involucrados en las imputaciones contenidas en la carta C. 01283-GFS/2016.



1.4. Mediante Resolución de Gerencia General N° 00311-2017-GG/OSIPTEL, notificada el 21 de diciembre de 2017, la Gerencia General resolvió lo siguiente:

"Artículo 1°.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con CIENTO VEINTIOCHO PUNTO Y CINCO (128) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción muy grave tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por haber incumplido con lo estipulado en el artículo 11° de la referida norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución."

1.5. Mediante escrito presentado el 17 de enero de 2018, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 00311-2017- GG/OSIPTEL.

1.6. Mediante Carta 00567-GCC/2018 de fecha 20 de agosto de 2018, se notifica la Resolución de Gerencia General N°00195-2018-GG/OSIPTEL de fecha 17 de agosto de 2018 que resolvió lo siguiente:

"Artículo 1°.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Reconsideración presentado por AMÉRICA MÓVIL PERU S.A.C. y resolvió: MODIFICAR la multa impuesta a dicha empresa operadora en la Resolución 00311-2017-GG/OSIPTE, de 128.35 UIT a 105.7 UIT, por la comisión de infracción muy grave tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°060-2000-CD/OSIPTEL por haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 11° de la referida norma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerada de la presente Resolución".

1.7. Con fecha 13 de septiembre de 2018, AMÉRICA MÓVIL presentó Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 195-2018-GG/OSIPTEL.

1.8. Mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2018 solicitó hacer uso de la palabra ante el Consejo Directivo del OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA:

De conformidad con el artículo 27° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (en adelante, RFIS), y los artículos 216° y 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

¹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de marzo de 2017.



III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

AMÉRICA MÓVIL señala los siguientes fundamentos en su Recurso de Apelación:

- 3.1. La resolución apelada vulneraría el Principio de Razonabilidad por cuanto no ha considerado que el procedimiento sancionador ha sido incoado en base a una afectación mínima y que AMÉRICA MÓVIL devolvió en exceso el importe afectado.
- 3.2. La resolución apelada vulneraría el Principio de Razonabilidad por cuanto la Gerencia General no ha evaluado la posibilidad de optar por la imposición de una medida correctiva.

III. ANÁLISIS

AMÉRICA MÓVIL señala que las resoluciones emitidas en el presente caso vulneran el Principio de Razonabilidad, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- De manera completamente voluntaria y en el menor plazo posible, procedió con la devolución del importe afectado (S/. 287.92), excediendo inclusive hasta en 37 veces dicho importe, derivado de la aplicación de tarifas mayores a las publicadas promocionalmente con código SIRT TPOS201500014 durante el periodo del 3 al 9 de agosto de 2015.
- Señala que de acuerdo a la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, la entidad posee la facultad y no la obligación legal para el uso de su potestad sancionadora, razón por la cual considera que la Gerencia General debió efectuar un análisis razonable respecto a la necesidad de imponer una sanción administrativa.
- Asimismo, señala que la imposición de una medida correctiva, en este caso en particular resultaba ser una medida idónea, suficiente y menos gravosa e igual de eficaz que la sanción económica efectivamente impuesta.
- Agrega AMÉRICA MÓVIL que las devoluciones se hicieron con casi un (1) año de antelación a la emisión del Informe de Análisis de Descargos N° 176-GFS/2017 y la Resolución de Gerencia General N° 311-2017-GG/OSIPTEL, mediante la cual se impuso la multa administrativa de 128.35 UIT.
- Finalmente, señala que con la modificación del artículo 23° del Reglamento de Fiscalización y Sanciones del OSIPTEL (en adelante, RFIS) se eliminó la restricción para la imposición de medidas correctivas, únicamente en los casos en que las obligaciones no se encuentren tipificadas como infracciones administrativas, siendo que actualmente aquellos órganos competentes del OSIPTEL para imponer sanciones, cuentan con la facultad legal de imponer medidas correctivas como alternativa –menos gravosa, por cierto- frente al inicio de un PAS.

Al respecto, de acuerdo a lo indicado por la Gerencia General en la Resolución N° 195-2018-GG/OSIPTEL y de la información obrante en el Expediente de Supervisión N° 00234-2015-GG-GFS, ha quedado acreditado que durante los días 3, 4, 5, 6 y 9 de agosto de 2015 respectivamente, AMÉRICA MÓVIL aplicó tarifas superiores a las tarifas



promocionales informadas a los usuarios a través del SIRT TPOS201500014, en setecientas treinta y nueve (739) llamadas realizadas utilizando la Tarjeta Prepago 1533.

Al respecto, si bien no puede negarse que AMÉRICA MÓVIL incurrió en el tipo infractor previsto en el ítem 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el artículo 11° de la mencionada norma, este Consejo Directivo considera que al momento de decidir la medida a imponer, la Gerencia General debió evaluar –en el marco del juicio de proporcionalidad, como parte del test de razonabilidad- si cabía la imposición de una medida menos lesiva, considerando las circunstancias en este caso en particular, que se detallan a continuación:

- Mediante Resolución N° 054-2014-CD/OSIPTEL del 24 de abril del 2014, el Consejo Directivo confirmó la imposición de la sanción de cincuenta y un (51) UIT a AMÉRICA MÓVIL, por la comisión de la infracción grave tipificada en el segundo párrafo del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas² por la aplicación de tarifas mayores para las llamadas realizadas utilizando las tarjetas prepago 1533, por el periodo comprendido del 1 al 4 de marzo de 2011.
- Mediante Carta C.1382-GFS/2015 del 22 de julio de 2015, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión otorgó conformidad a la propuesta de devoluciones que efectuaría AMÉRICA MÓVIL, por la aplicación de las tarifas mayores para las llamadas realizadas utilizando las tarjetas prepago 1533, por el periodo comprendido del 1 al 4 de marzo de 2011. Asimismo, en dicho documento se precisó que la empresa operadora debía cumplir con las obligaciones sobre publicación en el Sistema de Información y Registro de Tarifas (SIRT), de acuerdo con el Reglamento General de Tarifas y con indicar los motivos de la devolución, las fechas involucradas en la devolución de dichas sumas y la tasa de interés aplicada de acuerdo con el artículo 40° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones³.
- La promoción registrada con código SIRT TPOS201500014, consistió en la reducción de las llamadas realizadas utilizando las tarjetas prepago 1533 a destinos fijo-local, destino móvil, larga distancia nacional e internacional, durante el periodo comprendido entre el 03 al 09 de agosto de 2015.
- En el Informe de Supervisión N° 00466-GFS/2016 se concluyó que AMÉRICA MÓVIL cumplió con efectuar la devolución a los usuarios de las tarjetas prepago 1533, por la aplicación de las tarifas mayores en el periodo comprendido del 1 al 4 de marzo de 2011, de acuerdo a lo establecido en el artículo 40° del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, tal como se muestra en la siguiente tabla:

(1) Monto devuelto por América Móvil	(2) Monto por devolver (Cálculo GFS) S/.	(3) Diferencia (1) – (2) S/.
3404,63	3294,64	110,99

² Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD-OSIPTEL, publicada el 17 febrero 2014, se modificó el Reglamento General de Tarifas, tipificando como una infracción muy grave en el numeral 8 del Anexo I a la aplicación de una tarifa superior a la respectiva tarifa que hubiera informado a los usuarios directamente, a través del SIRT o en otros medios, incurrirá en INFRACCIÓN MUJ GRAVE (Art. 11, último párrafo).

³ Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL.



- Asimismo, en el mencionado informe de supervisión se señala también que adicionalmente durante el proceso de devolución realizado del 3 al 9 de agosto de 2015, se evidenció que AMÉRICA MÓVIL aplicó tarifas superiores a las informadas a los usuarios a través del SIRT TPOS201500014 (Promocional únicamente para efectos de la devolución), en setecientos treinta y nueve (739) llamadas realizadas utilizando la Tarjeta Prepago 1533 durante los días 3, 4, 5, 6 y 9 de agosto de 2015, habiendo cobrado de más el monto ascendente a S/. 235,63, de acuerdo al siguiente detalle:

Periodo de devolución	Llamadas afectadas	Importe cobrado	Debió Aplicar (Ver tabla de tarifas)	Importe Afectado
03 al 09 de agosto de 2015	739	S/. 486,37	S/. 250,73	235,63

- Con fecha 23 de junio de 2016 se comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del presente PAS, porque habría incurrido en la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el artículo 11° de la mencionada norma, por haber aplicado tarifas superiores a las informadas a los usuarios a través del SIRT TPOS201500014, el proceso de devolución realizado del 3 al 9 de agosto de 2015.
- Finalmente, en el Informe N° 00174-GFS/2017 del 11 de abril de 2017, del Expediente de Supervisión N°00175-2016-GG-GFS, se concluye que mediante la reducción de tarifas de la Tarjeta "Claro Destino" aplicada por AMÉRICA MÓVIL en su promoción registrada con código TPTF20160000070 vigente del 5 al 11 de diciembre de 2016, la devolución efectuada fue mayor en S/. 10 726.53 al monto que efectivamente debía devolver y que ascendía a S/. 287,92.

Asimismo, en dicho informe se precisa que AMÉRICA MÓVIL cumplió con devolver los S/. 287,92 en el primer día del inicio de dicha promoción, como se muestra en el siguiente cuadro:

(1) Monto devuelto por América Móvil	(2) Monto por devolver (Cálculo GFS) S/.	(3) Diferencia (1) - (2) S/.
S/. 11 014,45	S/. 287,92	S/. 10 726,53

Teniendo en consideración lo antes señalado y conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico N° 11 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC, la imposición de sanción es la última ratio:

(...) no se trata tampoco de que la sola existencia de un bien jurídico a ser protegido genere per se la necesidad de recurrir a la sanción penal para protegerla. Ello, no solo porque la sanción penal es la última ratio, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas, (...).



Cabe recordar que dicho fundamento jurídico también resulta aplicable a las sanciones administrativas, así lo señaló también el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico N° 03 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, cuando estableció que “3. (...) las sanciones administrativas, disciplinarias o de naturaleza análoga son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas (...)”.

En ese sentido, resulta importante tener en cuenta el Principio de Razonabilidad recogido en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que establece que las decisiones de la administración cuando imponen sanciones deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear a fin de que responda a lo necesario para la satisfacción de su cometido.

“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.”

Considerando lo anterior, es oportuno recordar que el 20 de abril del 2017 fue publicada la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL, a través de la cual se modificó, entre otros, el artículo 23° del RFIS, respecto a la posibilidad de imponer medidas correctivas, aun en los casos en los que el incumplimiento haya sido tipificado como infracción.

Sobre ello, en la Exposición de Motivos de la citada Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL se precisa que en la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador iniciado se puede concluir que, pese a existir responsabilidad por los hechos, se justifica la imposición de una medida correctiva, tal como se indica a continuación:

“(...) Así, podría tratarse de un incumplimiento tipificado como infracción administrativa respecto del cual se ha iniciado el respectivo procedimiento administrativo sancionador. Durante la tramitación del mismo, la empresa operadora podría alcanzar información que si bien no desvirtúa su responsabilidad por los hechos constitutivos de infracción administrativa que se le atribuyen, si justifica una reevaluación de la idoneidad de unas sanción, resultando más consistente la imposición de una medida correctiva que ordene a la empresa operadora realizar una determinada conducta o abstenerse de ella, con la finalidad de que cumpla obligaciones legales o contractuales infringidas. (...)”

En tal sentido, el Consejo Directivo considera que la Gerencia General, teniendo en cuenta las circunstancias antes descritas, debió haber evaluado la posibilidad de imponer una medida correctiva, como desincentivo menos gravoso y proporcional frente al incumplimiento advertido; toda vez que la medida correctiva, en determinados casos –bajo sus particularidades-, puede ser igual de efectiva que una sanción, porque busca corregir la conducta –en este caso- infractora.

Asimismo, en aras de lograr el cumplimiento normativo por parte de los administrados recurriendo a métodos menos aflictivos que propiamente una sanción, este Colegiado



considera que la aplicación de la medida de correctiva por el incumplimiento del artículo 11° del Reglamento de Tarifas, hubiese permitido al Regulador mostrar a la sociedad y al mercado que el objetivo principal del *enforcement* es el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico, antes que la imposición de multas⁴, teniendo como objetivo que las devoluciones de los montos cobrados en exceso sean efectuadas en el menor tiempo posible.

De este modo, corresponde revocar la multa de ciento cinco punto siete (105.7) UIT impuesta a AMÉRICA MOVIL por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, sin que esto signifique no reconocer que AMÉRICA MÓVIL incumplió la obligación de no aplicar tarifas mayores a las publicadas en el SIRT; en vista que dicha situación está plenamente acreditada. Esta decisión se fundamenta en la aplicación del Principio de Razonabilidad y tomando en cuenta que el monto cobrado en exceso por la aplicación de tarifas mayores a las establecidas en el SIRT ascendía a S/. 235,63 (Doscientos treinta y cinco con 63/100 Soles) y que dicho monto fue devuelto en el primer día de la vigencia de la tarifa promocional registrada con código TPTF20160000070, con el fin de efectuar las devoluciones.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 626 .

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar FUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución N° 00195-2018-GG/OSIPTEL, y en consecuencia corresponde REVOCAR la multa de ciento cinco punto siete (105.7) UIT, por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL, por haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 11° de la referida norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

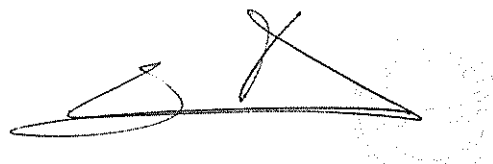
- (i) La notificación de la presente Resolución a la empresa América Móvil Perú S.A.C.;
- (ii) La publicación de la presente Resolución, conjuntamente con las Resoluciones N° 0311-2017-GG/OSIPTEL y N° 195-2018-GG/OSIPEL en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe; y,



⁴ OCHOA MENDOZA, F. *¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera responsiva la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos.* Revista de la Facultad de Derecho N° 76, 2016 págs. 151-180

- (iii) Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL, para los fines respectivos.

Regístrese y comuníquese.



RAFAEL MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

