RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

N° 00311-2017-GG/OSIPTEL

Lima, **21 de diciembre de 2017**

EXPEDIENTE N°	:	**00035-2016-GG-GFS/PAS**
MATERIA	:	**Procedimiento Administrativo Sancionador**
ADMINISTRADO	:	**AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C**

VISTO: El Informe N° 000176-GSF/2017 de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF), concerniente al procedimiento administrativo sancionador (PAS) seguido contra AMERICA MOVIL PERÚ S.A.C. (AMERICA MOVIL), por la presunta comisión de la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL (REGLAMENTO), por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el artículo 11° de la mencionada norma.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Informe de Supervisión N° 00466-GFS/2016 emitido el 16 de junio de 2016 (Informe de Supervisión), la entonces Gerencia de Fiscalización y Supervisión (hoy GSF)[1], emitió el resultado de la supervisión respecto a la verificación de las devoluciones realizadas por AMÉRICA MÓVIL por la aplicación de tarifas mayores para las llamadas realizadas utilizando Tarjeta Prepago "1533". Al respecto, concluyó lo siguiente:

> *"[...]*
> ***4. CONCLUSIONES***
> *América Móvil Perú S.A.C. cumplió con devolver a los usuarios de la Tarjeta 1533 por la aplicación de tarifas mayores en el periodo comprendido del 01 al 04 de marzo de 2011, de acuerdo a lo establecido en el artículo 40° 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 S/	(2) Monto por devolver (Cálculo GFS) S/	(3) Diferencia (1) - (2) S/
S/ 3.405,63	S/ 3.294,64	S/ 110,99

> *Por otro lado, adicionalmente durante el proceso de devolución realizado del 03 al 09 de agosto de 2015, se evidenció que América Móvil Perú S.A.C. aplicó tarifas superiores a la tarifa informada 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 1533 durante los días 3, 4, 5, 6 y 9 de agosto de 2015, de acuerdo al siguiente detalle y escenarios:*

[1] De acuerdo con el Decreto Supremo 045-2017-PCM, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de abril de 2017, la nueva denominación corresponde a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF).

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	S/ 235,63

- *Teléfonos Fijos (América Móvil) – Local, Móvil, LDN y LDI*
- *Teléfonos Fijos (Otros Operadores) – Local, Móvil, LDN y LDI*
- *Teléfonos de Uso Público (América Móvil) – Local y Móvil*
- *Teléfonos Uso Público (Otros Operadores) – Local, Móvil y LDI*

*En tal sentido la empresa habría incurrido en la conducta tipificada en el ítem 8 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento General de Tarifas, como infracción **Muy Grave**, correspondiendo iniciar un **procedimiento administrativo sancionador** al respecto [...]"*

2. Mediante carta N° C.01283-GFS/2016, notificada el 23 de junio de 2016, se comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del REGLAMENTO, por cuanto habría aplicado una tarifa superior a la informada o puesta a disposición pública.

3. AMÉRICA MÓVIL, mediante carta N° DMR/CE/N° 1299/16 recibida el 28 de junio de 2016, solicitó copia simple de los expedientes N° 00035-2016-GG-GFS/PAS y N° 00234-2015-GG-GFS. Dicha solicitud fue atendida conforme consta en la Acta de entrega de copias de fecha 08 de julio de 2016.

4. Mediante Carta N° DMR/CE/N°1318/16, AMÉRICA MÓVIL solicitó ampliación de plazo de veinte (20) días hábiles adicionales para la presentación de sus descargos. Dicha solicitud fue concedida a través de la carta N° C.01346-GFS/2016, notificada el 09 de agosto de 2016.

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

6. Mediante Carta N° DMR/CE/N° 1592/16 recibida el 09 de agosto de 2016, 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.

7. Mediante Informe N° 00174-GFS/2017 de fecha 11 de abril de 2017, la GSF verificó las devoluciones realizadas por AMÉRICA MÓVIL producto de aplicar tarifas superiores para las llamadas realizadas desde teléfonos fijos y públicos respeto a la tarifa promocional con código SIRT TPOS201500014 *("Promoción tarjeta 1533")*, por el periodo comprendido del 03 al 09 de agosto de 2015.

8. Con fecha 11 de octubre de 2017, la GSF remitió a la Gerencia General el Informe N° 000176-GSF/2017 (Informe Final de Instrucción), mediante el cual realizó el análisis de los descargos del PAS.

9. Por carta N° C.01302-GG/2017, notificada el 22 de noviembre de 2017, se remitió a AMÉRICA MÓVIL el Informe Final de Instrucción, otorgando cinco (5) días hábiles a la empresa operadora para la remisión de sus descargos. A la fecha de emisión de la presente Resolución, la empresa operadora no ha presentado sus descargos adicionales al Informe Final de Instrucción.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.-

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 02 de febrero de 2001, este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Así también, el artículo 41° del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

Sobre el particular, debemos señalar que el presente PAS se inició contra AMÉRICA MÓVIL al imputársele la presunta comisión de la infracción muy grave tipificada en el ítem 8 del Anexo 1[2] del REGLAMENTO – vigente al momento de la comisión de la conducta imputada - la cual dispone lo siguiente:

> *"La empresa operadora que aplique 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 MUY GRAVE (último párrafo del Art. 11°[3])".*

Conforme lo indicado por la GSF a través del Informe de Supervisión, con código SIRT N° TPOS201500014 (vigente desde el 03.08.2015 al 09.08.2015) AMÉRICA MÓVIL registró la promoción *"Promoción Tarjeta 1533"*; no obstante el 03, 04, 05, 06 y 09 de agosto de 2015, en setecientos treinta y nueve (739) llamadas realizadas utilizando tarjetas 1533, aplicó tarifas superiores a las tarifas informadas, incurriendo en la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del REGLAMENTO, de acuerdo al siguiente detalle:

Cuadro N° 1

Periodo de Devolución	Llamadas afectadas	Importe cobrado	Debió Aplicar	Importe Afectado
03 al 09 de agosto de 2015	739	S/ 486,37	S/ 250,73	S/ 235,63

Es oportuno indicar que, de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG)-, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado[4], que pudiera exonerarla de responsabilidad.

OSIPTEL GG-PIA H. OROZCO

OSIPTEL PIA-GG L. VALDIVIEZO

---

[2] Incorporado mediante el artículo Primero de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2014-CD-OSIPTEL, publicada el 17 febrero 2014.

[3] ***Artículo 11.- Obligación de comunicar tarifas al OSIPTEL y ponerlas a disposición pública***

"(...)

Las empresas operadoras son responsables de la información tarifaria que hubieran brindado a los usuarios directamente, a través del SIRT o en otros medios, y asumen frente a ellos las obligaciones que se deriven de dicha información."

[4] PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1° ed., Pág. 539.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 250.3° del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el PAS cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, de acuerdo a la Décima Disposición Complementaria Transitoria del TUO de las LPAG, en el caso de los PAS en trámite a la entrada en vigencia de la mencionada norma, la caducidad aplicará al año contado desde la entrada en vigor del Decreto Legislativo N°1272.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos, corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a AMÉRICA MÓVIL por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito, así como tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente procedimiento. Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por la empresa operadora a través de sus descargos, respecto a la imputación de cargos formulada por la GSF.

1. Análisis de descargos.-

AMÉRICA MÓVIL cuestiona el presente PAS bajo los siguientes términos:

1.1 Respecto la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad alegada por AMÉRICA MÓVIL.-

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que en el presente PAS se le imputa haber incurrido en la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo N° 1 - Régimen de Infracciones y Sanciones del REGLAMENTO, al supuestamente haber aplicado tarifas mayores a las publicadas promocionalmente con código SIRT TPOS201500014 durante el periodo del 03 al 09 de agosto de 2015, generando una afectación de S/. 235.63 Soles; sin embargo el Reglamento General de Tarifas no resulta aplicable al presente caso, toda vez que la reducción tarifaria ordenada por el regulador, no se enmarcan dentro de los regímenes tarifarios contemplados en la normativa vigente, en tanto que no se cumple con las características que el marco regulatorio peruano les otorga

Así explica que, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 9° del REGLAMENTO, la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones está sujeta a los siguientes Regímenes tarifarios: Régimen Tarifario Supervisado y Régimen Tarifario Regulado, y en ese sentido, la reducción tarifaria ordenada por el Regulador no se encuentra comprendida dentro del concepto de Régimen Tarifario Supervisado pues por su naturaleza no puede ser modificada o establecida libremente (voluntariamente) por la empresa operadora sino que fue determinada por el propio regulador a fin de proceder con la devolución de un monto ascendente de S/. 2,500.35 Soles[5]. Menos aún corresponderá a un Régimen Tarifario Regulado, en tanto que la reducción tarifaria no responde a una tarifa tope establecida expresamente por el regulador.

Manifiesta que pretender interpretar que la reducción tarifaria registrada en el SIRT N° TPOS201500014 corresponde a una tarifa promocional *per se*, implicaría afirmar que el OSIPTEL no reconoce los Regímenes Tarifarios en los que se sujetan los servicios públicos de telecomunicaciones. En el caso en particular, la reducción tarifaria ordenada

[5] Cabe señalar que a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 054-2014-CD/OSIPTEL, emitida en virtud del procedimiento seguido en el expediente N° 024-2013-GG-GFS/PAS, se ordenó a AMÉRICA MÓVIL iniciar un procedimiento de devolución por un monto equivalente a S/. 2,500.35 Soles.

por el regulador se realizó en función a una orden de devolución contenida en la resolución N° 054-2014-CD/OSIPTEL; y, para su ejecución fue necesaria la previa conformidad del regulador. Resalta que los elementos antes mencionados niegan la naturaleza de libre fijación que poseen las tarifas y que el marco regulatorio les reconoce.

Agrega que, el artículo 28° del REGLAMENTO establece que las Tarifas Promocionales no requieren para su aplicación o comercialización ninguna aprobación o pronunciamiento previo a su comercialización por parte del Regulador; sin embargo, lo publicado en el SIRT mediante el código N° TPOS201500014 no pudo ser libremente dispuesto o ejecutado por AMÉRICA MÓVIL de no haberse obtenido la conformidad previa por parte del regulador[6].

En virtud a todo lo expuesto, sostiene que el inicio del presente procedimiento sancionador vulnera el Principio de Tipicidad, pues pretende sancionar por la configuración de la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo N° 1 – Régimen de Infracciones y Sanciones del REGLAMENTO, sin considerar que la reducción tarifaria registrada en el SIRT mediante código N° TPOS201500014, no es una tarifa promocional per se, toda vez que no se enmarca dentro del Régimen Tarifario Supervisado, ni posee las características inherentes a toda Tarifa Promocional (ser modificada o establecida libre y voluntariamente por la empresa operadora), solicitando el archivo del presente PAS.

Al respecto, conforme se advierte del texto del artículo 3° del REGLAMENTO, la definición de "tarifa" corresponde al precio de un servicio público de telecomunicaciones que comprende la estructura de pagos del mismo y dichas tarifas puedes distinguirse en diferente modalidades tales como:

> ***"Tarifa Establecida.-*** *Tarifa que, bajo el régimen de tarifas supervisadas, es determinada libremente por cada empresa operadora para ser aplicada de manera regular y por tiempo indefinido en la prestación de un servicio público de telecomunicaciones, cuya vigencia debe mantenerse hasta que la misma empresa operadora decida modificarla de conformidad con las disposiciones del presente reglamento. En el caso que se trate de servicios sujetos al régimen de tarifas reguladas, la Tarifa Establecida será determinada en virtud del esquema regulatorio particular correspondiente. Las Tarifas Establecidas sirven de base para la aplicación de Tarifas Promocionales."*
>
> ***"Tarifa Promocional.-*** *Tarifa que se aplica por elección expresa de los abonados y/o usuarios, bajo condiciones económicas más ventajosas a las regularmente aplicadas en las correspondientes Tarifas Establecidas, y que está sujeta a un período temporal de duración, tanto para su comercialización como para su vigencia de aplicación efectiva. Las Tarifas Promocionales deben estar asociadas a las Tarifas Establecidas que les sirven de base."*

Asimismo, el artículo 23° del REGLAMENTO señala que "a *través de Tarifas Promocionales, las empresas operadoras pueden realizar ofrecimientos de carácter temporal a los usuarios, relacionados con la contratación del acceso o la utilización de los servicios públicos de telecomunicaciones que prestan, en condiciones económicas más ventajosas a las normalmente aplicadas. Las empresas operadoras podrán establecer requisitos para la aplicación efectiva de las Tarifas Promocionales que ofrezcan.*"

OSIPTEL GG-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA-GG F. VALDIVIEZO

[6] AMÉRICA MÓVIL manifiesta que mediante carta C.1382-GFS/2015 notificada el 22 de julio de 2015, el regulador otorgó conformidad a la tercera metodología que propuso reducir el "valor de las tarifas de la tarjeta 1533". Agrega que, el proceso de fijación de metodología se inició el 23 de mayo de 2014 y recién hasta fines de julio de 2015 AMÉRICA MÓVIL pudo obtener la conformidad de la metodología de devolución, ello debido a las constantes negativas que vía telefónica se le otorgaban a las propuestas que emitían.

En ese contexto, debe tenerse en cuenta el pronunciamiento emitido por Consejo Directivo mediante Resolución N° 063-2017-CD/OSIPTEL[7]; a través del cual señala que la denominación de tarifas establecidas o promocionales deriva del concepto "tarifa" definido en el Reglamento General de Tarifas, como el *"precio de un servicio público de telecomunicaciones, que comprende la estructura de pagos del mismo. Dichos pagos corresponden a conceptos específicos que, de manera no exhaustiva, pueden estar referidos al acceso o uso de una modalidad específica de telecomunicaciones, así como al acceso o uso de las prestaciones vinculadas e inherentes que la posibilitan"*

Así, en dicho contexto, el Consejo Directivo establece que cualquier tarifa que implique el otorgamiento de un beneficio temporal a los usuarios, debe cumplir con las características que el marco normativo establece para las Tarifas Promocionales, reconociendo como característica de éstas últimas: la existencia de condiciones económicas más ventajosas a las regularmente aplicadas, se aplica por elección expresa del abonado y/o usuario, están sujetas a una temporalidad de duración (comercialización y vigencia) y se encuentra asociada a una tarifa establecida. Asimismo, se indica que el hecho que determinados beneficios no tengan carácter opcional, no implica necesariamente que dejen de constituir una Tarifa Promocional; toda vez que pueden estar vinculados al uso de servicio (consumo de datos), que no implican la imposición de obligaciones o limitaciones a los derechos de los usuarios.

Es preciso tener en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 11° del REGLAMENTO, corresponde a las propias empresas operadoras poner a disposición del público en general – a través del registro en el SIRT - la información de las tarifas que apliquen por la prestación de sus servicios públicos de telecomunicaciones.

En el caso particular, AMÉRICA MÓVIL registró en el SIRT mediante código TPOS201500014, la tarifa promocional "Promoción Tarjeta 1533" vigente desde el 03 al 09 de agosto de 2015, tal como se advierte a continuación, otorgando beneficios[8], a las llamadas realizadas mediante la tarjeta 1533 durante el periodo comprendido entre el 03 y el 09 de agosto de 2015:

FICHA INFORMATIVA DE LA TARIFA Nº TPOS201500014

Empresa:	AMERICA MOVIL PERU S.A.C
Servicio:	OTROS SERVICIOS
Tipo:	PROMOCIONAL
Código:	TPOS201500014
Nombre:	Promoción Tarjeta 1533
Vigencia:	03/08/2015 - 09/08/2015
Variación:	
Atención:	Llamar al 123
Web:	http://www.claro.com.pe/wps/portal/pe/sc/personas

Fuente: Registro SIRT

Si bien AMÉRICA MÓVIL a través de sus descargos, pretende desconocer el registro y la categoría otorgada por ellos mismos en el SIRT; lo cierto es que en tanto la tarifa con código TPOS201500014, contiene ofrecimiento de condiciones económicas más

[7] En el marco de la solicitud requerida por AMÉRICA MÓVIL a fin de que el Consejo Directivo interprete el alcance de las disposiciones del Reglamento General de Tarifas.

[8] La promoción se encontraría vigente para las llamadas originadas mediante teléfonos fijos (abonados y públicos) que utilicen la tarjeta 1533 con destino a llamadas locales, larga distancia nacional e internacional. Asimismo, se precisa el código SIRT de la tarifa establecida (TEOS201500001), en el marco de lo dispuesto en el artículo 3° del REGLAMENTO.

ventajosas a las normalmente aplicadas (TEOS201500001) con carácter temporal, y se encuentra relacionado con la prestación de un servicios públicos de telecomunicaciones, cumple con las características otorgadas por el REGLAMENTO a las tarifas promocionales, siendo aplicable dicha normativa a efectos de verificar su correcta aplicación y ejecución; ello independientemente de si la tarifa ha sido emitida en el marco de un proceso de devolución, como alega AMÉRICA MÓVIL.

En virtud a lo expuesto, contrario a lo alegado por la empresa operadora, los precios informados mediante código SIRT TPOS201500014 se encuentran enmarcado dentro de las características propias de una Tarifa Promocional regulada en el REGLAMENTO.

Al respecto, la observancia del Principio de Tipicidad exige la concurrencia de tres (3) elementos: i) reserva de ley – o reglamentaria, previa autorización de la ley-; ii) la certeza o infracción, y; iii) la prohibición de acudir a la analogía o la interpretación extensiva para efectos de imponer una sanción administrativa. Respecto de este último se refiere – incluso- que, en materia sancionadora, la interpretación debe ser restrictiva[9].

En efecto, toda vez que la infracción imputada en el presente PAS hace referencia a la obligación de AMÉRICA MÓVIL de cumplir con la información tarifaria que hubieran brindado a los usuarios directamente, a través del SIRT o en otros medios, y asumen frente a ellos las obligaciones que se deriven de dicha información, y en tanto que, se advierte de los actuados en el expediente de supervisión 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 setecientos treinta y nueve (739) llamadas realizadas utilizando la Tarjeta 1533[10], la conducta imputada cumplen con el Principio de Tipicidad establecido en el artículo 230° del TUO de la LPAG, en la medida que la conducta se encontraba prevista como una infracción muy grave al momento que se cometieron los hechos.

En tal sentido, al tratarse de una obligación especial regulada bajo un marco legal específico – REGLAMENTO – cuyo cumplimiento fue materia de la supervisión vinculada al inicio del presente PAS, el incumplimiento de dicha obligación se encuentra debidamente tipificado en la referida norma, careciendo de objeto lo alegado por AMÉRICA MÓVIL.

De acuerdo a todo lo expuesto, se puede colegir que no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad; por lo que, corresponde desestimar los descargos presentados por la empresa operadora en este extremo.

1.2 Respecto a la supuesta debida diligencia alegada por AMÉRICA MÓVIL.-

AMÉRICA MÓVIL señala que corresponde tener en cuenta los diversos esfuerzos desplegados para dar cumplimiento a la Resolución N° 054-2014-CD/OSIPTEL y la carta C.1382-GFS/2015, conforme lo siguiente:

- Señala que en tres oportunidades alcanzó propuestas de Metodología de devoluciones, siendo que con fecha 22 de julio de 2015 se le notificó la carta C.1382-GFS/2015, a través de la cual la GSF expresó su conformidad con la última propuesta remitida a través de carta DMR/CE/N° 1450/15.

[9] MORON URBINA, Juan Carlos. "Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana". Revista Advocatus Nueva Época, número 13,2005, pág. 6. Lima.
[10] Ver folio 42 del expediente de Supervisión N° 00234-2015-GG-GFS.

- Procedió a realizar las coordinaciones respectivas entre sus áreas internas encargadas de la implementación y el registro de la metodología de devolución. Señala que a efectos de generar certeza, trasladó diversos correos electrónicos entre sus áreas internas con la finalidad de que se implemente y configure oportunamente el proceso de devolución, situación que acredita la debida diligencia del actuar de AMÉRICA MÓVIL.

- Precisa que debido a una situación imprevisible, excepcional e irresistible, su sistema generó una demora involuntaria en la entrada en vigencia de la reducción tarifaria para efectos de la devolución de la Tarjeta 1533. Precisa que, si bien su personal culminó las configuraciones respectivas para que las referidas devoluciones entraran en vigencia el 03 de agosto de 2015, éstas no pasaron a producción (no se ejecutaron), todo lo cual ocasionó los hechos materia del presente actuado. Una vez advertida dicha situación se procedió al reinicio del sistema, aplicándose la reducción tarifaria respectiva.

Manifiesta que el presente PAS ha sido iniciado en base a una responsabilidad objetiva, sin tomar en consideración la existencia de circunstancia (falta de dolo) que exoneraría a AMÉRICA MÓVIL de cualquier tipo de responsabilidad; ello aunado al intercambio de correos remitidos entre su personal con la suficiente antelación, ordenando la configuración respectiva, por lo que sería claro que en el presente caso, se trata de un hecho fortuito, no previsible, irresistible y totalmente fuera de su control.

Precisa que, el hecho que AMÉRICA MÓVIL sea una empresa especializada en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones no significa de ninguna manera que se vea exenta de hechos ajenos al control de la empresa, máxime si se tiene en consideración que ninguna tecnología, cualquiera sea la industria en la que se utiliza, sea 100% infalible, por lo que siempre existirán casos en los cuales los equipos y sistemas cuenten con una tasa de eventos impredecibles o de ocurrencia de fallas imprevistas.

Asimismo, sostiene que, se ha omitido efectuar cualquier análisis sobre la existencia o no de la intencionalidad en la conducta del infractor, toda vez que el Informe de Supervisión Nº 466-GFS/2016 se sustentó únicamente en la constatación de un hecho aislado (incidencia con nuestros sistemas de configuración) y que habría ocasionado solo una afectación de S/ 235,63 Soles.

Finalmente, añade que ha quedado demostrado su debida diligencia al haber realizado las coordinaciones pertinentes y necesarias para la implementación y registro oportuno de la metodología de devolución de la Tarjeta 1533, así como las acciones pertinentes y necesarias para superar la incidencia en el más breve plazo, esto es, el día 6 de agosto de 2015.

Al respecto, de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el TUO de la LPAG, para atribuir responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa, no basta que se haya producido el supuesto típico establecido en la norma; sino que, adicionalmente, es necesario que concurra el elemento subjetivo de atribución de responsabilidad, para lo cual se requiere que el agente haya actuado con culpa o dolo, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional[11]. En el caso de la culpa o imprudencia, de verificarse que el agente actuó con la diligencia ordinaria, se produce la exención de responsabilidad, pues no es admisible la imposición de una sanción si se ha presentado el cuidado debido.

[11] Véase, entre otras, la sentencia del de 3 de enero de 2003 recaída en el Expediente N° 00010-2002-AI-TC y más recientemente, la sentencia de 3 de septiembre de 2010, recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC.

En tal sentido, no bastaría con indicar que el hecho típico se produjo - pues no cabe atribuir responsabilidad objetiva por el mero resultado- sino analizar si AMÉRICA MÓVIL infringió el deber de cuidado que le era exigible o aportó elementos de valoración que permitan probar alguna causa no imputable que le exima de responsabilidad. En cuanto al nivel de diligencia exigible, este se asocia con el deber de cuidado que ha de observarse con el fin de evitar incurrir en un posible incumplimiento; máxime cuando se trata de disposiciones normativas cuyo conocimiento y, por ende, debida observancia, resulta exigible al administrado.

Al respecto, Nieto[12] -haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español- señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad.

En el presente caso, de acuerdo a lo informado por AMÉRICA MÓVIL a través de sus descargos y las acciones de supervisión realizadas[13], se advierte que la referida empresa aplicó tarifas superiores a la tarifa informada a los usuarios a través del SIRT TPOS201500014, en setecientos treinta y nueve (739) llamadas realizadas utilizando la Tarjeta 1533 durante los días 3, 4, 5, 6 y 9 de agosto de 2015, debido a una incidencia en sus sistemas – plataformas- que generó una demora involuntaria en la entrada en vigencia de la reducción tarifaria haciendo que ésta no opere desde el día 03 de agosto de 2015, tal como había sido previsto, sino tres (3) días después; incidencia que era imposible de prever y controlar .

De acuerdo a lo informado por AMÉRICA MÓVIL, si bien su personal cumplió las configuraciones respectivas para que las referidas devoluciones entrarán en vigencia desde su fecha de inicio- esto es el 03 de agosto de 2015, éstas no pasaron a producción (no se ejecutaron), no obstante a ello, una vez advertida dicha situación se procedió al reinicio del sistema aplicándose la reducción tarifaria respectiva en el transcurso del día 06 de agosto de 2015.

En el presente caso, de acuerdo a lo indicado por la GSF en su Informe Final de Instrucción, es posible advertir que la obligación de AMÉRICA MÓVIL de monitorear el correcto funcionamiento de sus sistemas, está vinculada directamente con la prestación del servicio de telecomunicaciones, toda vez que en virtud a la información contenida en dichos sistemas, los abonados podrán, realizar llamadas empleando la tarjeta de pago "1533" beneficiándolos con una reducción tarifaria.

De otro lado, acorde con lo señalado por la GSF, el nivel de diligencia exigido a AMÉRICA MÓVIL no se limita a solicitar que se configuren las tarifas promocionales o coordinar con su personal para que ello sea oportuno, sino que debió vigilar y/o controlar el correcto funcionamiento de su sistema y que las mismas sean ejecutadas o que pasen a producción, máxime si la misma contiene una promoción en curso, acciones que de haberse efectuado no hubieran producido el incidente o no en la forma acaecida.

OSIPTEL GG PIA N. OROZCO

OSIPTEL PIA-GG L. VALDIVIEZO

[12] NIETO GARCÍA, Alejandro: Derecho Administrativo Sancionador. 4ta Edición totalmente reformada. Madrid: Tecnos, 2005. Pág. 424

[13] A través de la carta C.00013.GFS/2016, se advirtió a la empresa de las diferencias encontradas en los CDRs y aquellas públicas en el SIRT TPOS201500014, motivo por el cual se solicita a la empresa explique y sustente dichas diferencias, ante lo cual AMÉRICA MÓVIL mediante carta N° MRC/CE/N° 152/16 de fecha 26 de enero de 2015 emitió sus descargos respectivos. Ver folio 41 y folio 42 del expediente de supervisión N° 00234-2015-GG-GFS.

Aunado a ello, de los actuados se advierte que si bien AMÉRICA MÓVIL reinicio el sistema aplicándose la reducción tarifaria respectiva en el transcurso del día 06 de agosto de 2015, pese a ello, el 09 de agosto vuelve aplicar una tarifa superior a la promocional, lo que demostraría una falta de diligencia de AMÉRICA MÓVIL.

En relación a los problemas de naturaleza involuntaria que aquejaron a la empresa operadora y que, según afirma, habrían provocado el incumplimiento, se advierte que tales afirmaciones no han sido acreditadas mediante prueba técnica alguna. En ese sentido, debe señalarse que la mera invocación por el imputado de un hecho excluyente o extintivo de responsabilidad, no es suficiente para eximirlo de responsabilidad.

En efecto, AMÉRICA MÓVIL no ha presentado a lo largo del PAS medios probatorios que desvirtúen su responsabilidad con relación al cobro efectuado en las setecientos treinta y nueve (739) llamadas realizadas utilizando la tarjeta 1533 durante los días 3, 4, 5, 6 y 9 de agosto de 2015; no obstante que se encontraba vigente la "*Promoción Tarjeta 1533*", ni que demuestren su diligencia a través de la implementación de acciones orientadas a evitar, corregir y/o minimizar el daño causado[14].

Por lo expuesto, AMÉRICA MÓVIL no alcanzó evidencia suficiente que acredite la existencia de circunstancias fuera de su control que permitiera exonerarla de responsabilidad, ni ha probado que su actuación no podía ser realizado de un modo distinto aun cuando hubiera tenido la diligencia debida.

Finalmente, cabe señalar que la ausencia de beneficio ilícito y la falta de intencionalidad alegada por AMÉRICA MÓVIL, así como las circunstancias en las que se cometió la infracción y comportamiento posterior, son criterios a ser evaluados al momento de determinar la graduación de la sanción a imponer y no constituyen elementos a evaluar para la configuración de la infracción.

En atención a lo expuesto, toda vez que AMÉRICA MÓVIL no adoptó una conducta diligente, corresponde desestimar los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

1.3 Respecto de la falta de Razonabilidad y Proporcionalidad alegada por AMÉRICA MÓVIL.-

AMÉRICA MÓVIL alega que, al momento de determinar la adopción de una medida del tipo sancionatoria, se debe preferir la menos lesiva en contra de los administrados, es decir, la sanción económica debe ser en todo caso la última medida a adoptarse, identificándose ésta premisa con el criterio de necesidad de sanción.

AMÉRICA MÓVIL añade que debe considerarse que el propio Informe de Supervisión N° 00466-GFS/2016 considera como presunta afectación, el importe de S/ 235,63 (doscientos treinta y cinco con 63/100 soles) monto sumamente irrisorio, frente al importe de la posible multa que se pretende imponer a AMÉRICA MÓVIL y que se encuentra calificada como una infracción muy grave (sanción administrativa de hasta S/ 1.382.500). En esa línea, sostiene que se estaría vulnerando el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, toda vez que el supuesto importe afectado resulta ínfimo en contraste con la exorbitante multa que correspondería por ello.

[14] Si bien con carta DMR/CE/N° 152/16 recibido el 26 de enero de 2016, AMÉRICA MÓVIL solo se limita a indicar que va a efectuar las devoluciones correspondientes y con carta DMR/CE/N° 1592/16 de fecha 09 de agosto de 2016, remite la propuesta de metodología para llevar a cabo las devoluciones de los montos involucrados – S/. 253,63 Soles, no obstante, de los actuados no se advierte que la empresa operadora señale que acciones correctivas realizaría con la finalidad de no incurrir en el mismo incumplimiento.

AMÉRICA MÓVIL señala que de manera totalmente voluntaria ha dispuesto efectuar la inmediata devolución de los montos involucrados en los presentes actuados, la misma que ha sido remitida a través de la carta DMR/CE/N°1592/16, a fin de que el OSIPTEL de su conformidad respecto a la referida metodología, la cual contiene las mismas características que las registradas mediante código SIRT N° TPOS201500014, demostrando con ello, que siempre han tenido una posición de colaboración.

Sobre el particular, debemos señalar que en virtud del Principio de Razonabilidad recogido en el TUO de la LPAG, las decisiones de las autoridades 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.

En atención a lo señalado, la autoridad administrativa se encuentra obligada a garantizar la razonabilidad de su decisión, cuando ésta involucre la calificación de una infracción, la imposición de una sanción o aplicación de una restricción al administrado; de lo cual se desprende que este último tiene derecho a que la medida que se le aplique sea la menos gravosa posible dentro de los rangos establecidos, debiendo ser la necesaria para que la afectación al administrado alcance su finalidad de desincentivar se vuelva a cometer la infracción.

Ahora bien, con la finalidad de determinar si en el presente caso la decisión de iniciar un procedimiento sancionador -y no adoptar una medida administrativa de otro tipo- ha cumplido con los preceptos antes detallados, procederemos a analizar cada uno de los requisitos que contempla el TUO de la LPAG a efectos de considerar que un acto administrativo observa el mencionado principio:

A. **<u>Requisito 1</u>: Que la decisión de la autoridad administrativa se haya adoptado dentro de los límites de la facultad atribuida.**

En atención a lo dispuesto en los artículos 40° y 41° del Reglamento General del OSIPTEL, la Gerencia General ostenta la facultad de imponer sanciones por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Con relación a ello, de acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL (ROF), y sus modificatorias vigentes al momento del inicio del PAS[15], corresponde a la GSF constituirse en órgano de instrucción en los procedimientos sancionadores, cuya competencia sea de la Gerencia General.

En tal sentido, considerando que la GSF es el órgano competente para la instrucción del presente PAS, el mismo ha sido iniciado por un órgano competente para tales efectos.

OSIPTEL GG-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA-GG L. VALDMEZO

[15] Cabe precisar que, con fecha 14 de abril de 2017, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N°045-2017-PCM, mediante el cual se modificó el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL.

B. <u>Requisito 2</u>: Que la decisión de la autoridad administrativa mantengan 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.

Ahora bien, luego de haber determinado la legalidad de la medida adoptada por la GSF, es importante determinar si el inicio de un procedimiento sancionador era la medida pertinente que correspondía adoptarse en el presente caso, siendo que cumple con los parámetros del test de razonabilidad, lo que conlleva la observancia de sus tres dimensiones: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.

<u>Juicio de idoneidad</u>: Respecto del juicio de idoneidad o adecuación, corresponde indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, el cual es disuadir o desincentivar la comisión de las infracciones por parte de un administrado. En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que de imponerse la sanción, las empresas operadoras sean más cautelosas y diligentes en lo que concierne al cumplimiento de sus obligaciones legales, contractuales y técnicas.

Ahora bien, el objetivo de la intervención del ente regulador en el presente caso está representado por la relevancia de cautelar los bienes jurídicos e intereses protegidos por la norma cuyo incumplimiento se imputa en el presente PAS.

Es necesario recalcar que, es obligación de la empresa operadora implementar todas las medidas que resulten necesarias a fin de dar cumplimiento a sus obligaciones normativas, observando en todo momento una actuación diligente; toda vez que de lo contrario estaría incurriendo en una infracción normativa, lo cual puede ser reprochado y prevenido (para los casos en futuro) a través de una sanción (multa), salvo que se acrediten condiciones eximentes de responsabilidad.

Es pertinente tomar en cuenta que, tal como ha sido señalado por AMÉRICA MÓVIL en sus descargos, la publicación de la tarifa promocional *"Promoción Tarjeta 1533"*, registrada con código TPOS201500014, correspondía a un proceso de devolución iniciado por AMÉRICA MÓVIL; toda vez que en otra oportunidad anterior aplicó tarifas mayores a la informada con Código N° TETF2010000113 ("Tarjeta Prepago 1533"), lo cual fue analizado en el expediente N° 00024-2013-GG-GFS/PAS, determinándose la responsabilidad por parte de la empresa operadora.

No obstante, se advierte que la empresa operadora no cumplió con lo establecido en el último párrafo del Artículo 11° del REGLAMENTO, por lo que incurrió en el tipo infractor previsto en el ítem 8 del Anexo 1 del REGLAMENTO, al haber aplicado tarifas superiores a las tarifas informadas a los usuarios a través del SIRT mediante código TPOS201500014, en setecientos treinta y nueve (739) llamadas realizadas utilizando la Tarjeta 1533, durante los días 3, 4, 5, 6 y 9 de agosto de 2015, incurriendo en una infracción muy grave.

Debe tenerse en cuenta que los montos cobrados por encima de la tarifa publicada en el SIRT no permitió a los usuarios que utilizaron las tarjetas 1533 un

consumo mayor de su saldo, lo cual habría sido posible de haberse aplicado la tarifa correcta.

En ese sentido, 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.

Juicio de necesidad: Sobre el juicio de necesidad, debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con similar eficacia respecto de los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

Es pertinente anotar que, habiéndose tipificado el referido incumplimiento como infracción muy grave, no resulta posible la imposición de una amonestación, toda vez que acorde con el numeral 25.2 del artículo 25° de la LDFF, dichas medidas sancionadoras se reservan a las infracciones calificadas como leves.

En el presente caso, estamos frente a una infracción que afecta directamente el derecho de los usuarios constituido por el deber que tiene la empresa operadora de garantizar la correcta aplicación de las tarifas promocionales tal cual son informadas al usuario a través del SIRT.

No debe perderse de vista que la publicación de la tarifa promocional "Promoción Tarjeta 1533" correspondía a un proceso de devolución iniciado por AMÉRICA MÓVIL, toda vez que en otra oportunidad anterior aplicó tarifas mayores a la informada ("tarjeta prepago 1533"; en tal contexto, correspondía a AMÉRICA MÓVIL, maximizar una conducta diligente, con la finalidad de revertir los efectos del incumplimiento detectado, sin embargo, ésta incidió nuevamente en el citado incumplimiento.

En esa línea, esta instancia considera que el inicio de un PAS y la imposición de una sanción constituye el único medio viable para, persuadir a AMÉRICA MÓVIL a que en lo sucesivo evite incurrir en nuevos incumplimientos del artículo 11° del REGLAMENTO.

Juicio de Proporcionalidad: En virtud al juicio de proporcionalidad, se busca establecer si la medida administrativa guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar; por lo cual, se considera que este parámetro está vinculado con el juicio de necesidad.

Ahora bien, sobre el particular, la doctrina[16]– reconocida fuente del derecho–, considera que la diligencia debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor, siendo que en algunos casos, para agentes que desarrollan actividades que requieren autorización administrativa y que suponen la asunción de obligaciones singulares, el nivel de diligencia exigido debe ser

[16] Al respecto, Angeles De Palma Del Teso, sostiene lo siguiente:
"El grado de diligencia que se impone desde el Derecho Sancionador Administrativo estará en función de diversas circunstancias: a) tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deban ser desarrolladas por profesionales en la materia; o c) actividades que requieran previa autorización administrativa, lo que supondría no sólo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia". (El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Tecnos, 1996. P. 142)

superior. Por tal motivo, conforme a lo desarrollado previamente, el nivel de diligencia exigido a AMÉRICA MÓVIL es alto, toda vez que dicha empresa opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado y por el cual asume diversas obligaciones de índole contractual y legal.

Asimismo, como se ha explicado, el inicio del presente PAS busca generar un incentivo para que en lo sucesivo AMÉRICA MÓVIL sea más cautelosa y diligente en lo que concierne al cumplimiento de la normatividad que involucra su actividad concerniente a la aplicación de tarifas promocionales. Es decir, es mayor el beneficio que se espera produzca la medida adoptada sobre el interés general, respecto al eventual desmedro sufrido por la empresa operadora.

En ese orden de ideas, el inicio de este PAS se ha realizado observando el Principio de Razonabilidad, toda vez que se ha analizado que la medida a adoptarse sea necesaria, idónea y proporcionada.

Asimismo, se debe precisar que, la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, así como el comportamiento posterior del sancionado, la disposición para reparar el daño o mitigar sus efectos, las circunstancias en la comisión de la infracción, el daño causado, son aspectos que no son tomados en cuenta para verificar la configuración de la infracción del tipo legal sino que son puntos que conllevan a ser evaluados a fin de determinar la sanción a imponer; esto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Ley N° 27336- y en lo establecido en el numeral 3) del artículo 230° del TUO de la LPAG, por lo que lo alegado por AMÉRICA MÓVIL en ese extremo será tomado en cuenta para efectos de la graduación de la sanción.

De lo anteriormente señalado, se aprecia que el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan que el inicio del mismo, por lo que se ajusta a una medida idónea, necesaria y proporcional.

2. **<u>Respecto de las causales eximentes de responsabilidad en el presente PAS.-</u>**

Una vez determinada la comisión de la infracción tipificada en el Ítem 8 del Anexo 1 del REGLAMENTO, al haber incumplido AMÉRICA MÓVIL con lo dispuesto por el artículo 11° de la referida norma al aplicar tarifas mayores a la promoción registrada en el SIRT N° TPOS201500014; corresponde que esta instancia evalúe si en el presente caso, se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 255° del TUO de la LPAG, como en el artículo 5°del RFIS.

- <u>Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada:</u> De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que el incumplimiento del artículo 11° del REGLAMEMTO, se produjo como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio. Por tanto, no corresponde aplicar el supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- <u>Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa</u>: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que el incumplimiento del artículo 11° del REGLAMENTO, se debió a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

OSIPTEL GG-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA-GG L. VALDIVIEZO

- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Con relación a este eximente, se debe entender que por su propia naturaleza esta condición es aplicable en supuestos donde el administrado infractor es una persona natural respecto de la cual, se deberá acreditar el estado de incapacidad mental. Por tanto, no corresponde aplicar el citado eximente de responsabilidad en este caso.

- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que el incumplimiento del artículo 11° del REGLAMENTO se debió al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento se concluye que AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que el incumplimiento del artículo 11° del REGLAMENTO, se debe al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativo, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253° del TUO de la LPAG: La subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad. Por ello a efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:

  - La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
  - La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
  - La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
  - La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

  Asimismo, conviene precisar que si bien en un PAS, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponde al administrado que los plantea.

  Cese de la infracción: Si bien la GSF indica en el Informe Final de Instrucción que hubo cese de la comisión de la infracción; lo cierto es que el cese se dio en tanto culminó la vigencia de la promoción *"Promoción Tarjeta 1533"* el 09 de agosto de 2015. Sin perjuicio de ello, en tanto que las devoluciones derivadas del incumplimiento fueron realizadas el 05 de diciembre de 2016, con posterioridad al inicio del PAS (23 de junio de 2016), AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado la reversión de los efectos; por lo que no procede la aplicación del eximente de responsabilidad establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del TUO de la LPAG.

OSIPTEL GG PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA-GG L. VALDIVIEZO

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.-

3.1 Respecto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG.-

A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por la infracción administrativa evidenciada, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, según los cuales 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 el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. Así, procede el siguiente análisis:

i. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:

Este criterio de graduación se encuentra también referido en el literal f) del artículo 30° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL - LDFF (beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción).

En el presente caso, dicho criterio está representado por el beneficio que obtiene el infractor al incumplir lo establecido en el artículo 11° del REGLAMENTO. Este beneficio ilícito no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido o evitado por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

En el presente caso, el beneficio resultante de la comisión de la infracción, se encuentra representado por los costos evitados por la empresa operadora de contar con un personal adecuado a fin de monitorear y supervisar la correcta configuración y ejecución de sus tarifas promocionales, para evitar la aplicación de una tarifa mayor a la promoción establecida y registrada en el SIRT.

Con relación al ingreso obtenido como parte del beneficio ilícito, se considera el monto representado por el interés generado del cobro indebido durante el periodo de la incidencia hasta la fecha que la empresa operadora culminó con realizar la devolución a sus abonados afectados por la aplicación de una tarifa superior a la tarifa promocional.

ii. Probabilidad de detección de la infracción:

Se entenderá por probabilidad de detección a la probabilidad de que el infractor sea descubierto, asumiéndose que la comisión de una infracción determinada sea detectada por la autoridad administrativa. En un caso óptimo, la probabilidad de detección debería calcularse como la cantidad de veces que la autoridad administrativa consigue descubrir al infractor entre el total de infracciones cometidas. Sin embargo, ante la imposibilidad de tener conocimiento del total de infracciones incurridas se tiene que recurrir a formas alternativas para estimar dicha probabilidad.

En atención a ello y tomando en cuenta la naturaleza de la infracción referida al aplicar tarifas superiores a las tarifas informadas, incurriendo en la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del REGLAMENTO, debemos resaltar que en el particular, los mecanismos mediante los cuales el OSIPTEL pudo tomar conocimiento de la comisión la infracción establecida en el artículo 11° del REGLAMENTO se dieron en función a los resultados que se desprendieron de determinadas acciones de supervisión.

En efecto, como parte del plan de supervisión para verificar las devoluciones realizadas por la empresa AMÉRICA MÓVIL por la aplicación de tarifas mayores para las llamadas realizadas utilizando la tarjeta pre pago "1533" por el periodo comprendido del 01 al 04 de marzo del 2011, la GSF solicitó a la empresa operadora información respecto a su proceso de devolución. Así, la GSF requirió a AMÉRICA MÓVIL información respecto al tráfico total de la tarjeta 1533 involucradas en el periodo comprendido entre el 03 y 09 de agosto del 2015, advirtiendo un posible incumplimiento por parte de la empresa operadora.

Ello, permitió determinar la existencia del incumplimiento a la obligación de aplicar la tarifa que hubiera informado a los usuarios directamente, a través del SIRT. Por ende, como consecuencia de la ejecución de las acciones de supervisión antes mencionadas, se observó, verificó y advirtió que AMÉRICA MÓVIL, no cumplió con lo establecido en el artículo 11° del REGLAMENTO. Considerando lo antes expuesto, se ha determinado una probabilidad de detección alta.

iii. Naturaleza y gravedad de la infracción, daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

Este criterio de graduación también hace referencia al criterio naturaleza y gravedad de la infracción referida en la LDFF.

Respecto de lo señalado en el ítem 8 del Anexo 1 del REGLAMENTO, AMÉRICA MÓVIL habría incurrido en una infracción muy grave, haciéndose acreedora de una multa de entre ciento cincuenta y uno (151) y trescientos cincuenta (350) UIT, según lo establecido por el artículo 25° de la LDFF.

En ese sentido, el objetivo y finalidad de la intervención del ente regulador en el presente caso está representado por cautelar los intereses protegidos por el artículo 11° del Reglamento que busca garantizar la transparencia en la información de las tarifas ofertadas por las diferentes empresas operadoras, así como el cumplimiento de las mismas, asegurando la protección de los derechos de los usuarios.

En ese sentido, en el particular se busca que la empresa operadora cumpla con aplicar la tarifa que hubiera informado a los usuarios directamente, a través del SIRT, toda vez que se busca compensar el bien jurídico tutelado, constituido por el deber que tiene la empresa operadora de garantizar la correcta aplicación de las tarifas promocionales tal cual son informadas al público usuario.

iv. Magnitud del daño causado, perjuicio económico causado

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

v. Circunstancias de la comisión de la infracción:

De acuerdo al RFIS, este criterio de graduación está relacionado con las circunstancias tales como, el grado del incumplimiento de la obligación, la oportunidad en la que cesó la conducta infractora, la adopción de un comportamiento contrario a una adecuada conducta procedimental, entre otras de similar naturaleza.

De lo actuado en el presente caso, y conforme a lo desarrollado en la presente resolución, se advierte que AMÉRICA MÓVIL aplicó tarifas mayores a las publicadas promocionalmente con código SIRT N° TPOS201500014 durante el periodo del 03 al 09 de agosto de 2015, cuyo monto principal a devolver asciende a S/. 287,92 Soles (inc. intereses), afectando a un total de 739 llamadas realizadas utilizando la Tarjeta 1533 durante los días 3, 4, 5, 6 y 9 de agosto de 2015.

Asimismo, cabe señalar que de los actuados se advierte que si bien AMÉRICA MÓVIL reinicio el sistema aplicándose la reducción tarifaria respectiva en el transcurso del día 06 de agosto de 2015, pese a ello, el 09 de agosto vuelve aplicar una tarifa superior a la promocional, lo que demostraría una falta de diligencia de AMÉRICA MÓVIL.

Sin perjuicio de ello, debe tomarse en cuenta la falta de diligencia adoptada por AMÉRICA MÓVIL, en tanto que la publicación de la tarifa promocional "Promoción Tarjeta 1533" materia de análisis, correspondía a un proceso de devolución iniciado por AMÉRICA MÓVIL, derivado de un incumplimiento previamente sancionado por OSIPTEL (Expediente N° 00024-2013-GG-GFS/PAS). De acuerdo a ello, correspondía a AMÉRICA MÓVIL, maximizar una conducta diligente, con la finalidad de revertir los efectos del incumplimiento detectado, sin embargo, ésta incidió nuevamente en el citado incumplimiento.

vi. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor:

En este extremo, no ha quedado acreditada la existencia de intencionalidad en la comisión de la referida infracción.

vii. Reincidencia en la comisión de la infracción:

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG.

3.2 Capacidad económica del sancionado.-

El artículo 25° de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, toda vez que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2015, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por AMÉRICA MÓVIL en el año 2014.

Por tanto, considerando los hechos acreditados en el presente PAS, así como, luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el TUO de la LPAG, y en atención a los criterios de graduación antes evaluados (en especial, el beneficio ilícito, naturaleza y gravedad de la infracción, daño al

OSIPTEL GG FOLIOS 103

interés público y/o bien jurídico protegido, y las circunstancias de la comisión de la infracción), corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL con una (1) multa de CIENTO CINCUENTA Y UNO (151) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo 1 del REGLAMENTO.

3.3 Respecto de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 255° del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RFIS.-

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 255° del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

- Si iniciado un PAS, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

- Otros que se establezcan por norma especial.

Así las cosas, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18° del RFIS , son factores atenuantes en atención a su oportunidad, el reconocimiento de la responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora. Dichos factores -según el mencionado artículo- se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en la LPAG.

Es importante precisar que, siendo que la norma que se encontraba vigente al momento de la comisión de las infracciones era el artículo 18° del RFIS, conforme a su texto normativo vigente antes de la modificación de dicho Reglamento; el mismo establecía que la empresa operadora podría verse beneficiada de un descuento entre 30% a 60%, siempre que se acredite que se ha producido el cese de los actos u omisiones que constituyan infracciones y la reversión de todo efecto derivado, dentro del quinto día de iniciado el PAS.

Siendo que en el presente caso -de acuerdo a lo señalado en el acápite 2 de esta Resolución- no han concurrido los supuestos antes mencionados (no se advierte la reversión de los efectos de la conducta infractora respecto del incumplimiento del artículo 11° del REGLAMENTO), no podría ser aplicado el beneficio señalado; sin embargo, corresponde analizar si concurren los factores atenuantes de responsabilidad establecido por el artículo 18° del RFIS, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, por corresponder a una norma más beneficiosa y vigente a la fecha de imposición de las sanciones.

Asimismo, conviene precisar que si bien en un procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponde al administrado que los plantea.

OSIPTEL GG PIA M. OROZCO
OSIPTEL PIA GG L. VALDIVIEZO

- Respecto al reconocimiento de la responsabilidad

  De lo actuado en el expediente y conforme con lo señalado en el Informe Final de Instrucción de la GSF, AMÉRICA MÓVIL no ha presentado el reconocimiento expreso y por escrito de la responsabilidad por la comisión de la infracción detectada por la GSF.

- Respecto al cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa

  Conforme a lo señalado por la GSF, en su Informe Final de Instrucción y de la información recabada en el presente PAS, nos remitimos a lo señalado en el acápite 2 de la presente Resolución, en donde se determinó el cese del incumplimiento de la obligación establecida en el último párrafo del artículo 11° del REGLAMENTO.

- Respecto a la reversión de los efectos derivados de los actos que constituyen infracción.

  De la revisión de los actuados, se observa que la empresa operadora culminó con las devoluciones a favor de los abonados que se les aplicó tarifas mayores a las promocionales, con fecha 05 de diciembre de 2016 – esto es, después de un año y cuatro meses de producida la incidencia (03 al 09 de agosto de 2015); en ese sentido, esta instancia considera que se han visto revertidos los efectos generados por el cobro indebido de la aplicación de la tarifa mayor a la establecida.

- Respecto la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora

  Al respecto, de la revisión de los actuados, se ha determinado que AMÉRICA MÓVIL no ha manifestado ni aportado documento alguno que acredite la adopción de medidas de implementación con la finalidad que no vuelva a infringir en dicha conducta; por lo tanto, no correspondiendo la reducción de la multa por esta causal atenuante.

Considerando la aplicación de los atenuantes de responsabilidad antes analizados, esta instancia considera que de la multa a imponer, corresponde reducir la misma en un 15%, quedando finalmente una multa de CIENTO VEINTIOCHO PUNTO TREINTA Y CINCO (128.35) UIT

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL y en aplicación del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. **con CIENTO VEINTIOCHO PUNTO TREINTA Y CINCO (128.35) 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.

Artículo 2°.- La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada,

OSIPTEL GG | FOLIOS 104

de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 3°.-. Notificar la presente Resolución a la empresa operadora AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., conjuntamente con la Resolución N° 063-2017-CD/OSIPTEL.

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página web institucional del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe) y en el Diario Oficial "El Peruano", en cuanto haya quedado firme.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por AREQUIPEÑO TAMARA Luis Alberto (FAU20216072155)

LUIS ALBERTO. AREQUIPEÑO TAMARA
GERENTE GENERAL (E)

OSIPTEL GG-PIA M. OROZCO
OSIPTEL PIA-GG VALDIMEZO