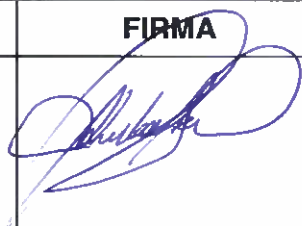



<b>A</b>	:	<b>RAFAEL MUENTE SCHWARZ</b> Presidente del Consejo Directivo
<b>ASUNTO</b>	:	<b>Recurso de Apelación presentado por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., contra la Resolución N° 00108-2019-GG/OSIPTEL.</b>
<b>REFERENCIA</b>	:	<b>Expediente N° 00038-2018-GG-GSF/PAS</b>
<b>FECHA</b>	:	<b>28 de junio de 2019</b>

	<b>CARGO</b>	<b>NOMBRE</b>	<b>FIRMA</b>
<b>ELABORADO POR</b>	Abogado Especialista en temas de Interconexión	María Mercedes Huambachano Santibáñez	
<b>APROBADO POR</b>	Gerente de Asesoría Legal	Luis Alberto Arequipeño Tamara	

**1. RESUMEN:**

En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación presentado por AMERICA MOVIL PERU S.A.C. (en adelante, AMERICA MOVIL) contra la Resolución de Gerencia General N° 00108-2019-GG/OSIPTEL (en adelante, Resolución Apelada), que declaró infundado el Recurso de Reconsideración y confirmó la sanción impuesta mediante Resolución de Gerencia General N° 00017-2019-GG/OSIPTEL, por el incumplimiento del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>1</sup> (en adelante, Reglamento de Reclamos) y del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (en adelante, RFIS); de acuerdo a lo siguiente:

	Tipificación	Sanción
No generó el reclamo y/o no entregó el código de reclamo en 7 casos, incumpliendo el artículo 46 del Reglamento de Reclamos.	Num 32. Anexo 1 Reglamento de Reclamos Infracción Grave	51 UIT
- Remitió información incompleta, respecto de 87 códigos de reclamo por avería - No remitió información respecto de 62 códigos de reclamo por avería	Literal a) artículo 7 RFIS Infracción Grave	100 UIT

Recomendación : Declarar Infundado el Recurso de Apelación.

**2. ANTECEDENTES:**

2.1. El 27 de abril de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF), notificó a la empresa AMERICA MOVIL la carta N°00613-GSF/2018, mediante la cual se le comunicó el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS); respecto a lo siguiente:

- (i) Incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos, al no haber generado el reclamo por avería solicitado y/o no haber entregado el código de reclamo, en distintas acciones de supervisión realizadas bajo la modalidad de llamada de prueba<sup>2</sup>;
- (ii) Incumplimiento en la entrega de información, respecto de códigos de reclamos solicitados; infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del RFIS.



<sup>1</sup> Aprobado por Resolución De Consejo Directivo N° 047-2015-CD-OSIPTEL

<sup>2</sup> Reglamento General de Supervisión, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL  
Artículo 24.- Llamadas de prueba

Las llamadas de prueba son acciones de supervisión que se realizan a través de llamadas a las entidades supervisadas o usuarios, con el propósito de recabar información espontánea y real sobre la materia objeto de supervisión. Para tal efecto, los supervisores se encuentran exentos de identificarse como tales y declarar el objeto de la misma.

La transcripción de la grabación de una llamada de prueba que es certificada por un supervisor, constituye instrumento público.

- 2.2. De acuerdo a lo indicado en dicha comunicación, el inicio del PAS se sustentó en el Informe N° 00080-GSF/SSDU/2018 del 24 de abril de 2018, relacionado a la verificación del cumplimiento de los artículos 46 y 47 del Reglamento de Reclamos, y a las acciones de supervisión realizadas bajo la modalidad de llamadas de prueba, efectuadas el 26 y 27 de noviembre de 2015 y el 1, 2 y 16 de diciembre de 2015.
- 2.3. Mediante escrito del 29 de mayo de 2018, AMERICA MOVIL presentó sus descargos.
- 2.4. Con fecha 12 de setiembre de 2018, la GSF emitió el Informe N° 00170-GSF/2018, reevaluando el Informe N° 00080-GSF/SSDU/2018, respecto a lo señalado en el artículo 7 del RFIS vinculado al incumplimiento en la entrega de información. En dicho informe, la GSF, concluyó que correspondía la variación de los hechos con relación a la cantidad de casos en los que se habría remitido la información incompleta y a los casos en los que no se habría remitido la información requerida por la GSF; asimismo, la variación de los hechos en el extremo referido a la comunicación mediante la cual se requirió dicha información.
- 2.5. Mediante Carta N° 01589-GSF/2018, notificada el 3 de octubre de 2018 (en adelante, Carta de Variación), se comunicó a AMERICA MOVIL, la variación de la infracción, en el extremo referido a la cantidad de casos en los que se habría remitido información incompleta y a los casos en los que no se habría remitido la información requerida; asimismo, la variación de hechos en el extremo referido a la comunicación mediante la cual se requirió la información.
- 2.6. Con fecha 22 de octubre de 2018, AMERICA MOVIL, presentó descargos; y, con fecha 26 de octubre, presentó descargos adicionales.
- 2.7. Mediante Informe N° 00237-GSF/2018, de fecha 28 de noviembre de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, emite el análisis de los descargos presentados por AMERICA MOVIL (Informe de Instrucción); el mismo que fue notificado a dicha empresa operadora, el 4 de diciembre de 2018, mediante carta N° 00891-GG/2018.
- 2.8. Mediante Resolución N°00017-2019-GG/OSIPTEL (en adelante, Resolución de Sanción), notificada con fecha 25 de enero de 2019, se resolvió sancionar a AMERICA MOVIL, de acuerdo a lo siguiente:
- (i) Multa de 51 UIT, por incumplir el artículo 46 del Reglamento de Reclamos, al no haber registrado los reclamos en 7 casos.
  - (ii) Multa de 100 UIT, por la falta de entrega de información requerida por el OSIPTEL.
- 2.9. Con fecha 15 de febrero de 2019, AMERICA MOVIL, presentó Recurso de Reconsideración, el cual fue ampliado mediante escritos de fecha 19 de febrero de 2019 y 14 de marzo de 2019.
- 2.10. Con fecha 10 de mayo de 2019, se emitió la Resolución de Gerencia General N° 00108-2018-GG/OSIPTEL, declarando INFUNDADO el Recurso de



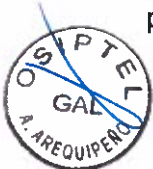
Reconsideración presentado por AMERICA MOVIL; confirmando la sanción impuesta. La citada resolución fue notificada el 14 de mayo de 2019.

2.11. Con fecha 4 de junio de 2019, AMERICA MOVIL presentó Recurso de Apelación, el mismo que fue ampliado con escrito de fecha 19 de junio de 2019; solicitando se revoque la resolución apelada; argumentando lo siguiente:

- (i) Respecto de la sanción impuesta por el incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos:
  - Sostiene que las acciones de supervisión se habrían llevado a cabo en el marco de una norma que no se encontraba vigente, lo que vulneraría al Principio de Legalidad, Debido Procedimiento y Confianza Legítima.
  - Señala que se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, al imponer la sanción de multa, apartándose de la medida correctiva, recomendada en el Informe de Instrucción.
- (ii) Respecto de la Infracción por el incumplimiento en la entrega de Información (Artículo 7 del RFIS):
  - Sostiene que los hechos imputados a través de la Carta de Variación, no se encontrarían subsumidos en el tipo infractor y por tanto, se habría vulnerado el Principio de Tipicidad.
  - Señala que se habría vulnerado el Principio de Legalidad, en tanto se varió la infracción imputada inicialmente y se mantuvo el mismo artículo imputado.
- (iii) Respecto a la determinación de las multas, AMERICA MOVIL, sostiene que se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.

### **III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA**

De conformidad con el artículo 27 del RFIS, y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>3</sup> (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AMERICA MOVIL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones, de acuerdo a lo siguiente:



- a) AMERICA MOVIL cuestiona la Resolución N° 00108-2019-GG/OSIPTEL, mediante la cual se confirmó la Resolución N° 00017-2019-GG/OSIPTEL, que sancionó a dicha empresa operadora con una multa de cincuenta y un (51) UIT y cien (100) UIT.
- b) La impugnación se sustenta en distinta interpretación de los hechos y en cuestiones de puro derecho.



<sup>3</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

- c) La Resolución apelada fue válidamente notificada el 14 de mayo de 2019 y el Recurso de Apelación fue presentado el 4 de junio de 2019. En tal sentido, el Recurso de Apelación se ha interpuesto dentro del plazo establecido para dicho efecto; es decir, quince (15) días hábiles.

#### **IV. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

##### **4.1. Respeto de la sanción impuesta por el incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos<sup>4</sup>, relacionado al derecho de los usuarios de obtener el código de reclamo derivado del reporte de averías.**

- 4.1.1. AMERICA MOVIL, sostiene que las acciones de supervisión se habrían llevado a cabo en el marco de una norma que no se encontraba vigente, lo que vulneraría al Principio de Legalidad, Debido Procedimiento y Confianza Legítima.

AMERICA MOVIL señala que, en la totalidad de llamadas de prueba que justificaron el inicio del PAS, el personal a cargo de la supervisión invocó como sustento de las facultades supervisoras, una norma que no se encontraba vigente al momento de realizar dichas acciones; por ello, sostiene que las acciones de supervisión se habrían realizado en el marco de una norma derogada, vulnerando el Principio de Legalidad.

Al respecto, como se puede verificar de la transcripción de los audios de las llamadas de prueba, el personal a cargo de las acciones de supervisión hace una locución introductoria antes de iniciar la llamada y comunicarse con el personal de la empresa operadora.

En esa locución introductoria, el supervisor indica fecha y hora, se identifica y menciona el objeto de la supervisión (en este caso la verificación del cumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos). Luego, en un segundo momento, hace referencia a la norma que sustenta la facultad de supervisión del OSIPTEL, como es la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, y, seguidamente al citar la norma que regula el procedimiento de supervisión, erróneamente indica el Reglamento General de Acciones de Supervisión de la Normativa aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 034-97-CD/OSIPTEL; debiendo haberse indicado el Reglamento General de Supervisión, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL<sup>5</sup>.

En efecto, en la locución introductoria, previo al inicio de la llamada de prueba, el personal a cargo de las acciones de supervisión, menciona en forma errada la denominación de la norma que regula el ejercicio de la función supervisora por parte del



<sup>4</sup> Artículo 46.- Reclamos por avería

(...)

Las empresas operadoras están obligadas a proporcionar a cada usuario que realiza un reclamo por avería, al momento de presentación del reclamo por avería y cuando el usuario lo solicite, un número o código correlativo de identificación.

<sup>5</sup> Es pertinente indicar que las llamadas de prueba se realizaron desde el 26 de noviembre de 2015 al 16 de diciembre de 2015; siendo que, el 17 de noviembre de 2015 entró en vigencia el Reglamento General de Supervisión aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL, derogando la norma aprobada con la Resolución de Consejo Directivo N° 034-97-CD/OSIPTEL.



OSIPTEL, a la fecha en que se realizaron las llamadas de prueba. Sin embargo, este hecho no invalida las acciones de supervisión, por una supuesta vulneración al Principio de Legalidad, el debido proceso o la seguridad jurídica, como lo pretende AMERICA MOVIL.

Sobre el particular, es pertinente señalar que, en virtud al Principio de Legalidad al que se refiere el artículo IV del TUO de la LPAG<sup>6</sup>; se exige que las autoridades administrativas actúen con respeto a la ley y dentro de las facultades que le estén atribuidas. En este caso, las acciones de supervisión (Llamadas de prueba) para verificar el cumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos, fueron realizadas por el personal del OSIPTEL en ejercicio de las facultades atribuidas en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos<sup>7</sup>, las mismas que fueron definidas y delimitadas en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

En ese sentido, no se evidencia ninguna vulneración al Principio de Legalidad, en la medida que la actuación de los supervisores del OSIPTEL, se enmarca en el ejercicio de las facultades atribuidas conforme a Ley. De este modo, el hecho de que se haya citado erróneamente el nombre de la norma reglamentaria del OSIPTEL que regula el desarrollo de las acciones de supervisión, no conlleva a que dichas acciones pierdan validez, en tanto las mismas se han efectuado dentro de los límites establecidos en la normativa sobre la materia.

En lo que respecta al Principio de Debido Procedimiento<sup>8</sup>, se ha garantizado al administrado, los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento; por ello, la mención errada a una norma de desarrollo en una locución introductoria previa a la llamada de prueba, en ningún caso supone indefensión al administrado, en la medida que no altera la esencia misma de la acción de supervisión. Es de notar que, el error se comete en un momento previo a la comunicación con el personal de la empresa operadora y se refiere a la mención de una norma que desarrolla el procedimiento de supervisión, el cual se ha mantenido inalterable en el Reglamento de Supervisión aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL; respecto de las llamadas de prueba.

<sup>6</sup> Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...)

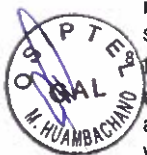
<sup>7</sup> Artículo 3.- Funciones

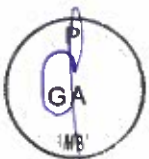
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo





<sup>9</sup> "Artículo 24.- Llamadas de prueba

Las llamadas de prueba son acciones de supervisión que se realizan a través de llamadas a las entidades supervisadas o usuarios, con el propósito de recabar información espontánea y real sobre la materia objeto de supervisión. Para tal efecto, los supervisores se encuentran exentos de identificarse como tales y declarar el objeto de la misma.

La transcripción de la grabación de una llamada de prueba que es certificada por un supervisor, constituye instrumento público."

<sup>10</sup> "1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables."

La empresa operadora, sostiene que en ningún extremo de la Resolución de Sanción, se puede verificar un análisis debidamente objetivo y debidamente sustentado que fundamente las razones por las cuales se opta por una multa, y se descarta la medida correctiva propuesta en el Informe de instrucción.

De la revisión de la Resolución de Sanción, se advierte que ésta se sustenta en el análisis y conclusiones contenidos en el Informe N° 00011-PIA/2019, el mismo que analiza la aplicación de la medida correctiva propuesta en el Informe de Instrucción y sustenta la decisión de apartarse de dicha recomendación.

De acuerdo con lo dispuesto en el RFIS, el Informe Final de Instrucción evalúa los descargos presentados por el administrado y contiene las conclusiones sobre la comisión o no de la infracción y, en cada caso, su propuesta sobre la sanción a imponerse.

En ese sentido, el Informe Final de Instrucción constituye el resultado de la evaluación que realiza el órgano de instrucción conteniendo una recomendación sobre la determinación de la responsabilidad respecto de la infracción y, de ser el caso, la imposición de una sanción. Esta recomendación no es vinculante y por tanto, puede o no ser acogida por el órgano sancionador.

En el presente caso, el Informe Final de Instrucción (Informe N° 00237-GSF/2019) emitido el 27 de noviembre de 2019, concluyó recomendando se imponga una medida correctiva por el incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos, toda vez que no generó el reclamo por avería y/o no generó el código de reclamo, en siete (7) acciones de supervisión<sup>11</sup>.

Al respecto, el artículo 22 del RFIS señala en su literal (iii), lo siguiente:

*(iii) El acto administrativo que establezca la sanción o la decisión de archivar el expediente será notificado a la Empresa Operadora; y, de ser el caso, a quien denunció la infracción. La imposición de la sanción o la decisión de no sancionar, no enerva la posibilidad de establecer obligaciones específicas en el mismo acto a través de la imposición de medidas correctivas u otras de similar naturaleza, a efectos de cesar las acciones u omisiones que dieron lugar a la misma, así como revertir los efectos derivados; en cuyo caso no se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 26.*

En ese sentido, la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL que modificó el RFIS, si bien señala que durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador se puede dictar una medida correctiva; señala los presupuestos que deberían tomarse en consideración para adoptar esa decisión, como se observa a continuación:

<sup>11</sup> "se recomienda que el OSIPTEL frente a dicha conducta adopte una medida correctiva y no sancionadora, considerando la inexistencia de factores agravantes, la baja incidencia de casos en los que se ha detectado el incumplimiento, y dado que –de acuerdo a la búsqueda efectuada en el registro de Reclamos del OSIPTEL, es la primera vez que se determine la responsabilidad administrativa de CLARO respecto de la inobservancia del artículo 46 del reglamento de Reclamos. Ello no implica que en los casos desarrollados en el presente informe, se pretenda desconocer el incumplimiento al marco normativo antes referido y la determinación de responsabilidad que de ella se desprende."



*“(…) en la práctica, podrían presentarse situaciones en las que, habiéndose iniciado el procedimiento administrativo sancionador respectivo (por tratarse de incumplimientos tipificados como infracción administrativa), el material probatorio permita a la autoridad administrativa advertir la existencia de otro medio alternativo de conclusión del procedimiento diferente de la sanción administrativa, que revista la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.*

*(…)*

*Como se advierte, se trata de infracciones administrativas de reducido beneficio privado ilícito, cuya probabilidad de detección es elevada y, en la que no se han presentado factores agravantes; de modo que la multa a ser aplicada es de una cuantía considerablemente reducida o nula.”*

De allí que, para efectos de aplicar una medida correctiva como medio alternativo a la imposición de una sanción, se considere que deberían concurrir tres presupuestos: (i) reducido beneficio ilícito, (ii) alta probabilidad de detección, y (iii) ausencia de factores agravantes.

En el presente caso, la Gerencia General, al emitir la Resolución de Sanción, se apartó de la recomendación del Informe Final de Instrucción, decidiendo –conforme a sus competencias- imponer una sanción de multa, atendiendo a lo expuesto en el Informe N° 00011-PIA/2019; al considerar que no concurrían los presupuestos para aplicar una medida correctiva, en la medida que no se trataba de una infracción administrativa de reducido beneficio ilícito<sup>12</sup> y que la probabilidad de detección de la infracción era muy baja<sup>13</sup>.



Atendiendo a lo señalado, queda evidenciado que la resolución sí contiene la motivación de las razones por las cuales no se acoge la recomendación de aplicar la medida correctiva propuesta en el Informe de Instrucción, y por qué se opta por aplicar la sanción de multa, en este caso, por el incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos.



#### **4.2. Respetto de la Infracción por el incumplimiento en la entrega de Información (Artículo 7 del RFIS).**

<sup>12</sup> Página 21 del Informe N° 00011-PIA/2019: (...) en la medida que este se encuentra representado por el costo evitado por la empresa operadora para contratar y capacitar personal adecuado que atienda y tramite correctamente el procedimiento de reclamo, garantizándose con ello que sus procesos comerciales y/o técnicos se ejecuten en el marco de lo establecido en el Reglamento.

<sup>13</sup> Página 21 del Informe N° 00011-PIA/2019: (...) tomando en cuenta la naturaleza de la infracción referida al no haber cumplido con las obligaciones establecidas en el artículo 46 del Reglamento, debemos resaltar que los mecanismos mediante los cuales el OSIPTEL puede tomar conocimiento de la comisión de la infracción establecida en dichos artículos son : (i) el análisis de la información remitida por la GPSU de manera periódica, (ii) casos particulares de abonados que informan al OSIPTEL acerca de sus reclamos por avería no resueltos o que se vieron impedidos de presentar sus reclamos por avería y (ii) supervisiones de oficio realizados por la GSF.

En el presente caso, la probabilidad de detección toma en cuenta la muestra empleada considerando el universo de líneas sobre las cuales es viable detectar este tipo de infracciones, así como la poca probabilidad que los usuarios afectados den cuenta al OSIPTEL sobre una comisión o entrega incorrecta del código de reclamo, razón por la cual se ha determinado una probabilidad de detección muy baja.

No obstante la resolución considera una probabilidad de detección baja, por predictibilidad

4.2.1. AMERICA MOVIL, alega que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, dado que los hechos imputados a través de la Carta de Variación hacen referencia al requerimiento efectuado con Carta N° 1082-GSF/2017, la misma que no contendría el carácter obligatorio del requerimiento; por ello, los hechos imputados, no se encontrarían subsumidos en el tipo infractor del literal a) del artículo 7 del RFIS.

Al respecto, AMERICA MOVIL, sostiene que la sanción de 100 UIT impuesta por la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del RFIS, no puede sustentarse legalmente en las comunicaciones 558-GSF/2017 y 1064-GSF/2017, pues estas habrían quedado sin efecto al haberse aplicado la figura procedimental de la variación de hechos, en el extremo referido a la comunicación a través de la cual se habría configurado la infracción antes indicada.

Sobre el particular, es pertinente recordar que el PAS se inició el 27 de abril de 2018, con la notificación de la Carta N° 00613-GSF/2018, por dos (2) infracciones:

- (i) Incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Recamos, al no haber generado el reclamo por avería solicitado y/o no haber entregado el código de reclamo en acciones de supervisión,
- (ii) Incumplimiento en la entrega de información respecto de códigos de reclamos solicitados en acciones de supervisión, tipificado como infracción en el literal a) del artículo 7 del RFIS.

Respecto a la segunda imputación, referida al incumplimiento en la entrega de información, mediante la Carta de Variación (Carta N° 01589-GSF/2018) y haciendo referencia a la carta N°1082-GSF/2017, se comunicó a AMERICA MOVIL, lo siguiente:

*“Sobre el particular, de conformidad con lo expuesto en el Informe N° 0170-GSF/SSDU/2018 (en adelante, Informe de Supervisión), cuya copia se adjunta y forma parte de la presente misiva, se varía la infracción imputada a través de la comunicación N° 0613-GSF/2018, sólo respecto del supuesto incumplimiento del artículo 7 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, definiendo que la conducta por la cual se seguirá el presente procedimiento administrativo sancionador –en dicho extremo- corresponde a la presunta entrega de información incompleta al OSIPTEL que habría remitido su representada, respecto de ochenta y siete (87) códigos de reclamo por avería, y por no haber remitido información respecto de sesenta y dos (62) códigos de reclamos por avería, requeridos mediante carta N° 1082-GSF/2017.*

*Asimismo, corresponde la variación de hechos en el presente procedimiento administrativo sancionador, en el extremo referido a la comunicación, mediante la cual se requirió la información de los ciento cuarenta y nueve (149) códigos de reclamo por avería con la calificación de obligatorio y perentorio, siendo que dicho requerimiento fue solicitado con carta N° 1082-GSF/2017”*



Ahora bien, AMERICA MOVIL, señala que la carta N° 1082-GSF/2017, mencionada en la variación de cargos, no estableció el carácter obligatorio del requerimiento y por ende, los hechos imputados no se subsumen en el tipo infractor descrito en el literal a) del artículo 7 del RFIS.

Al respecto, la infracción imputada está tipificada de la siguiente forma:

*“Artículo 7.- Incumplimiento de entrega de información*

*La Empresa Operadora que, dentro del plazo establecido, incumpla con la entrega de información o entregue información incompleta, incurrirá en infracción grave, siempre que:*

*a. Se hubiere emitido un requerimiento escrito por el OSIPTEL que indique la calificación de obligatoria de la entrega de la información requerida, incluyendo el plazo perentorio para su entrega; (...).”*

En ese sentido, corresponde verificar si la carta N° 1082-GSF/2017, citada en la Carta de Variación, como el requerimiento que sustenta la imputación de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del RFIS, cumple con los presupuestos previstos por dicha norma; es decir, que indique la calificación de obligatoria de la entrega de la información requerida, incluyendo el plazo perentorio para su entrega.

Para tal efecto, seguidamente verificamos el contenido de las cartas mencionadas, tanto en la carta de inicio del PAS como en la Carta de Variación:

- (i) Carta N° 00558-GSF/2017<sup>14</sup>, notificada el 25/07/2017: se requiere información relacionada a reclamos por avería, indicando que dicha información tiene carácter de obligatoria, asimismo, indicando el plazo para su entrega.
- (ii) Carta N° 01064-GSF/2017<sup>15</sup>, notificada el 19 de octubre de 2017, se requiere – entre otra- información de 149 reclamos, que no podrían ser visualizados en la información remitida con anterioridad por la empresa operadora. Se indica que la remisión de la información tiene carácter obligatorio y se menciona el plazo perentorio para remitirla.
- (iii) Carta N° 01082-GSF/2017<sup>16</sup>, notificada el 24 de octubre de 2017, haciendo referencia expresa a la información solicitada con Carta N° 01064-GSF/2017, indica que cumple con remitir el CD-ROM, conteniendo la relación de los reclamos cuya información se solicita y establece un plazo perentorio para remitir la información solicitada.



De la lectura de la Carta N° 1082-GSF/2017, claramente se desprende que se encuentra vinculada a la Carta N° 1064-GSF/2017, en la medida que no solo la referencia en la sumilla, sino que además expresamente señala que el requerimiento de información contenida en ella, se encuentra incompleto debido a que no se remitió un CD-ROM, el cual se remite en esa segunda comunicación. Ello se aprecia con claridad en la siguiente imagen:

<sup>14</sup> Folios 168 y 169 del Expediente de Supervisión N° 00046-2016-GG-GFS.

<sup>15</sup> Folio 177 del Expediente de Supervisión N° 00046-2016-GG-GFS.

<sup>16</sup> Folio 178 del Expediente de Supervisión N° 00046-2016-GG-GFS.

Lima, 23 de octubre de 2017 <b>C. 01082-GSF/2017</b> SEÑOR <b>ROBERTO ARANCIVIA VILLANUEVA</b> GERENTE DE REGULACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL AMERICA MOVIL PERU S.A.C. AV. NICOLÁS ARRIOLA N° 480 TORRE CORPORATIVA Lima 13.-	Asunto: <b>Remisión de Disco Óptico (CD)</b> Referencia: <b>Carta C.1084-GSF-2017 de fecha 19 de octubre de 2017</b> Expediente N° 00048-2016-GG-GFS	Relación con el Administrado: DNI: _____ Firma: _____ Fecha: _____ Hora: _____ Observaciones: <b>se adjunta 1 CD</b>
De nuestra consideración: Como es de su conocimiento, mediante la carta de la referencia, se le solicitó a su representada remitir información sobre el cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 46° y 47° del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 047-2015-CO/OSIPTEL y modificatorias. Al respecto, en la aludida comunicación se hizo referencia a un (1) CD-ROM, no obstante, por un error involuntario, este Organismo no lo adjuntó, por lo que procedemos a remitir el CD-ROM con el archivo correspondiente en formato Excel. En consecuencia, en atención a lo indicado anteriormente, se le otorga un nuevo plazo perentorio de quince (15) días hábiles, los cuales serán contados a partir del día hábil siguiente a la recepción de la presente misiva.		<b>OBSERVACION</b> <b>MESA DE PARTES</b> Si adjunta CD adjunta Resolución

Es importante considerar, que esta sucesión en el requerimiento de información fue evaluada por la GSF, conforme se indicó en el Informe N° 00170-GSF/SSDU/2018 del 12 de setiembre de 2018, el mismo que sustentó la Carta de Variación; donde se indicó lo siguiente:

*"7. En esa línea, en cuanto al requerimiento de información cuya entrega tenga carácter obligatorio y perentorio, se tiene que la GSF a través de la carta N° 1064-GSF/2017 notificada el 19 de octubre de 2017, solicitó a CLARO información relacionada a ciento cuarenta (149) códigos de reclamos por avería, señalando en dicha misiva la obligatoriedad del requerimiento de información. No obstante ello, con carta N° 01082-GSF/2017, se adjuntó el CD con la información requerida, por lo que se otorgó un nuevo plazo perentorio. Siendo así se da por cumplido el primer y segundo supuesto en cuanto a la calificación de obligatorio y perentorio del requerimiento de información."*



Cabe señalar que, al resolver el Recurso de Reconsideración, la Gerencia General, se pronunció en la Resolución Apelada, precisando que la carta N° 1082-GSF/2017, tenía como referencia la carta N° 1064-GSF/2017, a través de la cual se efectuó el requerimiento de los códigos de reclamos no remitidos o remitidos en forma incompleta, estableciendo expresamente el carácter obligatorio y el plazo perentorio para su cumplimiento. En ese sentido, consideró que ambas cartas se complementaron y cumplen con los supuestos que debe cumplir el requerimiento efectuado por el OSIPTEL, para realizar la imputación del inciso a) del artículo 7 del RFIS.



Por tanto, si bien existen casos en que el requerimiento de información contiene tanto la calificación obligatoria de la entrega como el respectivo plazo perentorio, en un solo documento; también pueden presentarse circunstancias en las que, como en el presente caso, dos (2) comunicaciones pueden, de manera conjunta, constituir el requerimiento al que se refiere el literal a) del artículo 7 del RFIS.



Por consiguiente, los argumentos de AMÉRICA MÓVIL, en este extremo, deben ser desestimados; por cuanto no ha desvirtuado los hechos por los que se le imputa la comisión de la infracción.

**4.2.2. AMERICA MOVIL,** sostiene que se habría variado la infracción imputada inicialmente, no obstante, se mantuvo el mismo artículo imputado, lo cual vulneraría el Principio de Legalidad.

La empresa operadora sostiene que, mediante la Carta de Variación, la GSF dispuso la variación de la infracción imputada en la Carta N° 613-GSF/2018, específicamente en lo que respecta a la presunta infracción tipificada en el artículo 7 del RFIS; no obstante, sostiene que no se varía el tipo infractor imputado, sino solo la cantidad de supuestos que configurarían tal infracción, lo cual no supone una variación de la infracción sino una variación de hechos.

En ese sentido, AMERICA MOVIL considera que se utilizó de manera indebida el acto administrativo de variación, pues, el haber dispuesto expresamente “la variación de la infracción imputada”, generó en el administrado la expectativa razonable de que conmutaría el dispositivo legal y/o artículo imputado. Sin embargo, dicha situación no se verificó, por lo cual, considera que la Carta de Variación vulneró el Principio de Legalidad y del Debido Procedimiento.

Al respecto, es pertinente recordar que la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del RFIS, contiene dos (2) supuestos: (i) la presentación de información incompleta y, (ii) la no presentación de la información.



En la medida que, como resultado de la evaluación realizada por la GSF y plasmada en el Informe N° 00170-GSF/SSDU/2018, se determinó la variación de la cantidad de casos que correspondían a cada uno de esos supuestos de infracción, se consideró conveniente variar la imputación de cargos, lo que no generó variar el tipo infractor imputado.



En ese sentido, no se evidencia vulneración a los Principios de Legalidad y del Debido Procedimiento que alega AMERICA MOVIL; toda vez que dicha variación de cargos y hechos se produjo en mérito de la prerrogativa que reconoce el RFIS<sup>17</sup> y, además, por dicha causa, se concedió a la citada empresa operadora el ejercicio del derecho a la defensa.

#### **4.3. Respecto a la determinación de las multas**

<sup>17</sup> “Artículo 22.- Etapas del procedimiento

El procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o por denuncia; conforme a lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Las reglas a seguir son las siguientes:

(...)

(iv) En cualquier etapa del procedimiento se podrá ampliar o variar los actos u omisiones imputados; o, la relación de artículos y/o dispositivos legales que califiquen las posibles infracciones administrativas; otorgando a la Empresa Operadora un nuevo plazo para realizar sus descargos por escrito.”



AMERICA MOVIL sostiene que se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, respecto del análisis de los criterios de gradación al determinar el monto de la sanción a imponer.

Seguidamente se analizan los criterios en los cuales AMERICA MOVIL discrepa con lo señalado en la Resolución de Sanción.

**(i) Beneficio Ilícito**

La Resolución de Sanción, sostiene que el beneficio ilícito en el incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos, está expresado por el costo evitado en contratar y capacitar el personal adecuado.

Al respecto, AMERICA MOVIL rechaza el costo evitado aludido y sostiene que cuenta con personal altamente calificado que atiende y tramita el procedimiento de reclamos; asimismo, manifiesta que ha implementado mejoras en el *Front* de Atención.

Sin embargo, se advierte que la empresa no ha acreditado haber realizado las acciones necesarias que hubieran evitado el incumplimiento por el cual se le sanciona; y, en todo caso, de haber desplegado las mismas, es evidente que no fueron idóneas de cara a verificar el cumplimiento de la obligación supervisada.

De otro lado, AMERICA MOVIL, en su Recurso de Apelación, no aporta argumentos que cuestionen el costo evitado, considerado como criterio para calcular la sanción por la infracción relacionada al incumplimiento en la entrega de información (artículo 7 del RFIS)<sup>18</sup>. Solo se limita a cuestionar la legalidad de la imputación efectuada; cuyos argumentos han sido desvirtuados en párrafos anteriores.

**(ii) Probabilidad de detección**

La Resolución de Sanción considera para la infracción relacionada al incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos, una probabilidad de detección baja; en tanto, respecto a la infracción tipificada en el artículo 7 del RFIS, la probabilidad de detección es muy alta.

Respecto de la baja probabilidad de detección asignada en la Resolución de Sanción, al incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos, AMERICA MOVIL, cuestiona dicha asignación en la medida que considera que se producen diversas supervisiones desplegadas por la GSF, por lo que, a su entender, tendría una alta probabilidad de detección. Y, por tanto, la multa debería ser menor y, en consecuencia, correspondería optar por aplicar una medida correctiva.

Sobre el particular, es pertinente recordar que este criterio se vincula a la posibilidad de que el infractor sea descubierto por la autoridad; y es empleado con la finalidad de compensar la dificultad que enfrenta la autoridad para detectar la totalidad de las infracciones. De allí que la sanción resulte inversamente proporcional a la probabilidad de detección.



<sup>18</sup> Se puede verificar de la página 45 de la ampliación del Recurso de Apelación.

En ese sentido, el nivel de probabilidad está vinculado a la naturaleza de la infracción que se sanciona.

Ahora bien, la probabilidad de detección no tiene vinculación necesariamente a si los casos han sido evaluados a mérito de una obligación impuesta legalmente o a la frecuencia con la que estas actividades se realicen; sino a la posibilidad objetiva que en dicha evaluación, la autoridad pueda verificar o no el 100% del universo de casos.

En el caso de la evaluación del cumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos, existe una mínima probabilidad de detectar infracciones; en la medida que no todos los usuarios afectados presentarán denuncias y, asimismo, a través de acciones de supervisión como llamadas de prueba, es muy baja la posibilidad de evaluar al 100% el cumplimiento de la obligación por parte de la empresa operadora.

Respecto a la alta probabilidad de detección de la infracción tipificada en el artículo 7 del RFIS, AMERICA MOVIL señala que siendo éste un factor inversamente proporcional al monto de la multa, la multa de 100 UIT, debería ser reducida al mínimo legal.

En este extremo, lo señalado por AMERICA MOVIL coincide con lo expresado en la Resolución de Sanción; sin embargo, no corresponde la reducción de la multa, en tanto la cuantía ha sido determinada en función de otros criterios de graduación de la sanción.

**(iii) Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido**

Respecto al incumplimiento del artículo 46, la Resolución de Sanción considera que el bien jurídico afectado, está representado por el derecho de los usuarios a ejercer su defensa a través de la presentación de reclamos (en este caso derivados de averías por problemas de calidad del servicio) y que estos sean debidamente atendidos por parte de las empresas operadoras.

Ante ello, AMERICA MOVIL, sostiene que su empresa cuenta con un procedimiento de atención de reclamos claramente definido, que implica la derivación a áreas específicas que han sido sujeto de mejoras. Sin embargo, lo anterior no desvirtúa la imputación efectuada; menos aún, supone la inexistencia de afectación a los usuarios, derivada del incumplimiento de su obligación de registrar reclamos y proporcionar código de reclamo, como consecuencia del reporte de averías.

Asimismo, respecto de la infracción tipificada en el artículo 7 del RFIS, la Resolución de Sanción considera la no entrega de la información requerida por el OSIPTEL, repercute en el ejercicio de la función supervisora del OSIPTEL; en la medida que impidió la verificación del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Reglamento de Reclamos, que involucra los intereses de los abonados involucrados.



Al respecto AMERICA MOVIL sostiene que las acciones de supervisión constituyen funciones propias de la GSF, y por tal motivo, responden a la concepción misma de su existencia; motivo por el cual, resulta inadecuado que se pretenda trasladar a su empresa un supuesto daño a dichas labores, máxime si la probabilidad de detección de la infracción imputada es muy alta.

Sobre este punto, corresponde señalar que, en efecto, el ejercicio de la función supervisora es inherente a la existencia del OSIPTEL. Sin embargo, también es cierto que los recursos con los que cuenta este Organismo Regulador son limitados y, por ende, las materias objeto de supervisión tienden a priorizarse en función a la necesidad e importancia.

Por ello, al no entregar o entregar de manera incompleta información necesaria para verificar el cumplimiento del artículo 46° del Reglamento de Reclamos –de significativa importancia para los usuarios–, se afecta, sin que quede duda, el ejercicio de la supervisión de las obligaciones que derivan de dicho dispositivo.

Por lo tanto, se advierte que cada uno de los criterios aplicados para la graduación de las multas, han sido analizados en base a las pruebas y a la normativa aplicable, por lo que su cuantía responde a una adecuada valoración, que se encuentra expresada en la Resolución de Sanción.

En consecuencia, no se advierte que exista una vulneración al Principio de Razonabilidad en la determinación de las sanciones, por lo que corresponde confirmarlas.

## V. RECTIFICACIÓN DE ERROR MATERIAL

El artículo 210 del TUO de la LPAG establece que los errores materiales o aritméticos en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

Teniendo en cuenta ello, analizaremos si el error incurrido por la Primera Instancia en la Resolución de Gerencia General N° 00108-2019-GG/OSIPTEL, puede ser rectificado.

En la Resolución de Gerencia General N° 00108-2019-GG/OSIPTEL, la Gerencia General se pronuncia sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por AMERICA MOVIL PERU S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General N° 00017-2019-GG/OSIPTEL emitida en el expediente N° 00038-2018-GG-GSF/PAS; sin embargo en la sumilla se indica erróneamente como administrado a otra empresa operadora, conforme a lo siguiente:

EXPEDIENTE N°	:	N° 00038-2018-GG-GSF/PAS
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	TELEFONICA DEL PERU S.A.A.

Debiendo decir:

EXPEDIENTE N°	:	N° 00038-2018-GG-GSF/PAS
---------------	---	--------------------------



MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	AMERICA MOVIL PERU S.A.C.

Asimismo, se advierte que en la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General N° 00108-2019-GG/OSIPTEL, específicamente en el artículo 1°, se consigna erróneamente una razón social distinta a la del apelante, conforme se advierte en el siguiente texto:

“(…)

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.- Declarar *INFUNDADO* el Recurso de Reconsideración presentado por TELEFONICA DEL PERU S.A.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 00017-2019-GG/OSIPTEL; en consecuencia CONFIRMAR la misma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.**

(…)”

Debiendo decir:

“(…)”

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.- Declarar *INFUNDADO* el Recurso de Reconsideración presentado por AMERICA MOVIL PERU S.A.C., contra la Resolución de Gerencia General N° 00017-2019-GG/OSIPTEL; en consecuencia CONFIRMAR la misma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.**

(…)”

Teniendo en cuenta ello, se advierte que en la Resolución de Gerencia General N° 00108-2019-GG/OSIPTEL se ha incurrido en errores materiales que, sin embargo, no alteran el contenido del acto administrativo en cuestión. Por tanto, se desprende que dichos errores pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento adoptando las formas y modalidades de comunicación que corresponda para el acto original.

**VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES**

De conformidad con el artículo 33 de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a AMERICA MOVIL por la comisión de la infracción grave por el incumplimiento del artículo 46 del Reglamento de Reclamos y por la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del RFIS, corresponderá publicar la resolución que se expida.



## VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De lo expuesto, se concluye en que corresponde confirmar la sanción impuesta; por tanto, se recomienda:

- Rectificar el error material de la Resolución de Gerencia General N° 00108-2019-GG/OSIPTEL
- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por AMERICA MOVIL PERU S.A.C., contra la Resolución de Gerencia General N° 00108-2019-GG/OSIPTEL que declaró infundado el Recurso de Reconsideración y confirmó la sanción impuesta mediante Resolución de Gerencia General N° 00017-2019-GG/OSIPTEL, por el incumplimiento del artículo 46 del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y por la infracción tipificada en el literal a) del artículo 7 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.
- Encargar a la Gerencia General las acciones necesarias para:
  - (i) Notificar la resolución a la empresa AMERICA MOVIL PERU S.A.C., acompañada del presente informe.
  - (ii) Publicar la resolución en el Diario Oficial "El Peruano".
  - (iii) Publicar la resolución en la web institucional del OSIPTEL [www.osiptel.gob.pe](http://www.osiptel.gob.pe), acompañada de la Resolución de Gerencia General N° 00108-2019-GG/OSIPTEL, la Resolución de Gerencia General N° 00017-2019-GG/OSIPTEL y el presente informe.
  - (iv) Poner en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, de la resolución que se emita, para los fines correspondientes.

