RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
Nº 00023-2021-GG/OSIPTEL

Lima, **15 de enero de 2021**

EXPEDIENTE Nº	:	**00044-2020-GG-GSF/PAS**
MATERIA	:	**Procedimiento Administrativo Sancionador**
ADMINISTRADO	:	**AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.**

VISTO: El Informe N° 00023-DFI/2020 (Informe Final de Instrucción) emitido por la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI); por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (AMÉRICA MÓVIL), por supuesta comisión de: (i) la Infracción tipificada como leve en el artículo 2° del Anexo 5 - Régimen de Infracciones y Sanciones del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (TUO de las Condiciones de Uso) al haber incumplido lo señalado en el segundo párrafo del artículo 9° de la misma norma; ii) Infracción tipificada como grave en el ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento del Sistema de Información y Registro de Tarifas del OSIPTEL – SIRT, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 065-2015-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (RSIRT), al haber incumplido lo señalado en el artículo 16° de la misma norma; (iii) Infracción tipificada como grave en el ítem 9 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Tarifas Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD-OSIPTEL y sus modificatorias (RGT), al haber incumplido lo señalado en el artículo 12° de la misma norma; y (iv) Infracción tipificada como grave en el literal a. del artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (RFIS).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

1. Mediante Informe Nº 00056-GSF/SSDU/2020 de fecha 14 de mayo del 2020 (en adelante, Informe de Supervisión), la entonces Gerencia de Fiscalización y Supervisión, hoy DFI[1]; emitió el resultado de la supervisión realizada a AMÉRICA MÓVIL en el Expediente N° 00048-2019-GSF, respecto de la verificación del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

2. Mediante carta N° 00937-GSF/2020, notificada el 10 de julio del 2020, la DFI comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (PAS) por los incumplimientos detallados a continuación; otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para la remisión de sus descargos por escrito.

[1] Mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM se aprobó la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, vigente desde el 9 de octubre de 2020.

Cuadro 1 – Incumplimientos imputados en el PAS

Incumplimiento	Gravedad	Conducta Imputada
artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso	leve	Haber modificado unilateralmente las condiciones contractuales de dieciséis (16) planes tarifarios[2], afectando a trescientos cincuenta y cuatro (354) abonados.
Artículo 16° del SIRT	grave	El 6 de julio de 2018, AMÉRICA MÓVIL habría realizado el registro de los incrementos tarifarios como una nueva tarifa establecida respecto de dieciséis (16)[3] planes tarifarios.
Artículo 12° del RGT	grave	En doscientos dieciocho (218) casos, el mecanismo de notificación utilizado por la referida empresa para comunicar el incremento tarifario a sus abonados no dejó constancia de que éstos últimos hayan recibido dicha información.
Literal a. del artículo 7° del RFIS	grave	No habría remitido los Logs que acrediten el envío de las notificaciones mediante correo electrónico a siete (7) abonados[4] requerida con carácter obligatorio y dentro del plazo perentorio mediante carta N° 2072-GSF/2019, notificada el 29 de octubre de 2019 y reiterada mediante el Acta suscrita el 6 de diciembre de 2019.

3. Mediante escrito N° DMR/CE/N°1401/20 recibido el 16 de julio de 2020, AMÉRICA MÓVIL formuló apersonamiento al presente PAS y solicitó una ampliación de treinta (30) días hábiles adicionales al plazo inicialmente otorgado para remitir sus descargos.

4. La DFI, mediante carta N° 00999-GSF/2020, notificada el 24 de julio de 2020, concedió a AMÉRICA MÓVIL una ampliación de plazo de veinte (20) días hábiles para la remisión de sus descargos, el mismo que venció el 25 de agosto de 2020.

5. Mediante escrito S/N recibido el 25 de agosto del 2020, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos por escrito.

6. El 12 de diciembre de 2020, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00023-DFI/2020 (Informe Final de Instrucción), conteniendo el análisis de los descargos presentados por la empresa operadora.

7. Mediante la carta N° 01193-GG/2020 notificada[5] el 14 de diciembre de 2020, la Gerencia General puso en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL el Informe Final de Instrucción, a fin que en el plazo de cinco (5) días hábiles formule sus descargos, sin que a la fecha haya presentado descargo alguno.

[2] SUPERcontrol, Claromax Control 45, Claromax Control 60, Claromax Control EG 45, Control 25, Control 35 Económico, Control 70, Control Económico 59, Control Económico2 109, Control Económico2 39, Control Económico2 59, Control Económico2 79, Control Increíble 100, Control Increíble 55, Control Increíble 70, Control Económico 39.
[3] SUPERcontrol, Claromax Control 45, Claromax Control 60, Claromax Control EG 45, Control 25, Control 35 Económico, Control 70, Control Económico 59, Control Económico2 109, Control Económico2 39, Control Económico2 59, Control Económico2 79, Control Increíble 100, Control Increíble 55, Control Increíble 70, Control Económico 39.
[4] Detallados en la Tabla N° 14 del Informe de Supervisión
[5] Mediante Resolución de Presidencia N° 041-2020-PD/OSIPTEL se aprobó las Reglas para el Uso de la Mesa de Partes Virtual del OSIPTEL, la cual dispuso que, durante el periodo de vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada a través del Decreto Supremo Nº 008-2020-SA y sus ampliatorias, la notificación a las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, de las comunicaciones, requerimientos u otros actos o actuaciones emitidos en los procedimientos administrativos que se tramitan ante el OSIPTEL, en atención a sus funciones, se realice vía correo electrónico.

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 2 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.

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el TUO de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que ésta 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[6], que pudiera exonerarla de responsabilidad.

De otro lado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 252.3 del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento administrativo sancionador cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 259 del citado TUO fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, el cual puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Por otro lado, a través del Decreto de Urgencia N° 029-2020-PCM publicado el 20 de marzo de 2020, emitido en el marco del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM[7], se estableció —entre otras medidas— la suspensión por treinta (30) días hábiles, del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, que se encuentren sujetos a plazos, que se tramiten en entidades del Sector Público, plazo que fue prorrogado por quince (15) días hábiles adicionales mediante el Decreto de

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

[7] Publicado el 15 de marzo de 2020 se declaró el Estado de Emergencia por el plazo de quince (15) días calendarios, y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, vigente desde 16 de marzo al 30 de marzo de 2019, cuyo plazo fue prorrogado a través de los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, N° 64-2020-PCM, N° 075-2020-PCM, N° 083-2020-PCM, N° 94-2020-PCM, N° 116-2020-PCM, N° 135-2020-PCM, N° 146-2020-PCM, N° 156-2020-PCM, 174-2020-PCM, 184-2020-PCM y 201-2020-PCM hasta el 31 de enero de 2021.

Urgencia N° 053-2020, y a la vez prorrogado hasta el 10 de junio de 2020, mediante el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM.

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

1. Análisis de los descargos

AMÉRICA MÓVIL a través de sus descargos solicita el archivo del presente PAS, en atención a los siguientes argumentos:

1.1 Respecto de una presunta violación al principio del Debido Procedimiento.-

AMÉRICA MÓVIL sostiene que, la opinión del OSIPTEL - en cuanto al inicio del presente PAS- se encuentra sesgada toda vez que previo a la notificación de cargos, la Dirección de Atención y Protección del Usuario[8] (DAPU) y la DFI ya habían efectuado afirmaciones determinantes y enfáticas sobre la responsabilidad de AMÉRICA MÓVIL con relación a las infracciones administrativas que se han incluido posteriormente en la notificación de cargo.

Con relación a ello, indica AMÉRICA MÓVIL, que el inicio del presente PAS se sustenta en el caso reportado por la **ABONADA 1**[9], quien, a través de un correo electrónico dirigido al OSIPTEL, habría trasladado su malestar por la actualización tarifaria de su plan de servicio móvil N° 9979XXXXX, la misma que – según indica - vino acompañada de una importante mejora de los atributos y/o componentes inicialmente contratados.

A partir de ello, señala que a través de diversas comunicaciones, la DAPU requirió información detallada sobre la actualización tarifaria efectuada a fin de dar solución al caso presentado por la **ABONADA 1**; siendo que – según señala - mediante la carta N° 01325-GPSU/2019, la DAPU la habría acusado de la infracción que posteriormente fuera imputada a través del presente procedimiento, sin que se efectúe una evaluación objetiva e imparcial de los hechos, utilizando adjetivos de énfasis para arribar a conclusiones que según indica, resultan inadecuadas en una etapa anterior al inicio del PAS.

AMÉRICA MÓVIL sostiene que lo anterior se ve reforzado en el Acta de Supervisión de fecha 06 de diciembre de 2019, a través de la cual se consigna como finalidad de la misma la de *"verificar las acreditaciones de los descargos consignados por la empresa operadora en los actuados del Expediente N° 00048-2019-GSF*"; no obstante que a dicha fecha no existía ningún descargo, en tanto que no se había iniciado ningún PAS.

En esa línea, AMÉRICA MÓVIL manifiesta que existe una clara vulneración al Principio del Debido Procedimiento, lo cual conlleva la nulidad del presente PAS.

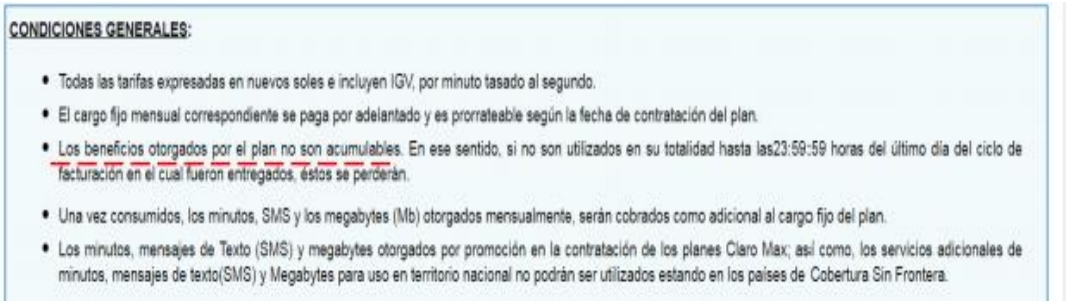
[8] Antes, Gerencia de Protección y Servicio al Usuario
[9] Cuya identificación obra en el numeral 2 del Informe de Supervisión.

Con relación a lo alegado, cabe señalar que, conforme se desprende del expediente de supervisión, la finalidad del inicio de la investigación, era la de verificar el cumplimiento de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, en específico, en el extremo referido la prohibición que tienen las empresas operadoras de modificar unilateralmente el contrato de abonado.

En ese sentido, conforme se desprende del Informe de Supervisión para el caso de la **ABONADA 1** se advirtió que AMÉRICA MÓVIL habría modificado unilateralmente el contrato del plan tarifario "SUPERcontrol" dado que al cambiarla al plan "Max Internacional 59.90" (nuevo plan), habría perdido el beneficio de acumulación de saldos que se encontraba vigente y a disposición de la abonada.

Lo antes mencionado, fue acreditado a través de la consulta realizada en el SIRT del plan "Max internacional 59.90" (nuevo plan), en el cual, dentro de sus características y beneficios, señalaba lo siguiente:

Plan Max Internacional 59.90 registrado en el SIRT con código TECNV2018000650



CONDICIONES GENERALES:

- Todas las tarifas expresadas en nuevos soles e incluyen IGV, por minuto tasado al segundo.
- El cargo fijo mensual correspondiente se paga por adelantado y es prorrateable según la fecha de contratación del plan.
- Los beneficios otorgados por el plan no son acumulables. En ese sentido, si no son utilizados en su totalidad hasta las23:59:59 horas del último día del ciclo de facturación en el cual fueron entregados, éstos se perderán.
- Una vez consumidos, los minutos, SMS y los megabytes (Mb) otorgados mensualmente, serán cobrados como adicional al cargo fijo del plan.
- Los minutos, mensajes de Texto (SMS) y megabytes otorgados por promoción en la contratación de los planes Claro Max; así como, los servicios adicionales de minutos, mensajes de texto(SMS) y Megabytes para uso en territorio nacional no podrán ser utilizados estando en los países de Cobertura Sin Frontera.

Fuente: SIRT

Conforme se evidencia de lo anterior, el plan "Max Internacional 59.90" (nuevo plan) no permitía la acumulación de saldos como beneficio, como sí lo hacía el plan "SUPERcontrol", originalmente contratado por la **ABONADA 1**.

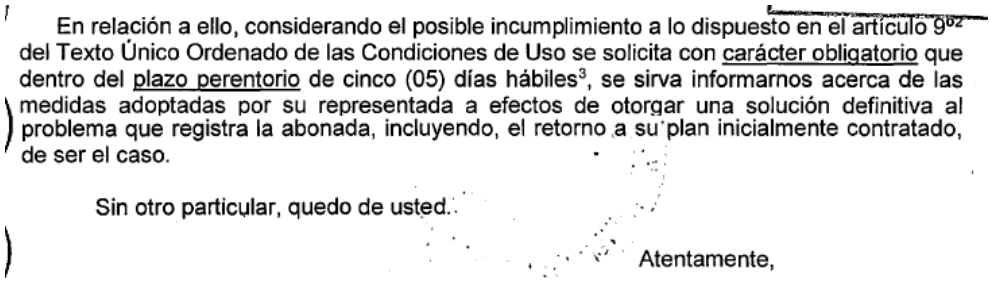
En ese sentido, se tiene que el caso de la **ABONADA 1** se encontraba inmerso dentro de la casuística por la cual se abrió el expediente de supervisión N° 00048-2019-GSF, en el que se determinó que AMÉRICA MÓVIL habría incumplido con lo señalado en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, en dieciséis (16) planes tarifarios relacionados a trescientos cincuenta y cuatro (354) abonados.

Siendo ello así, queda acreditado que el sustento para el inicio del presente proceso administrativo sancionador no sólo recae en el caso de la abonada Mejía López, sino en el universo de casos que fueron analizados a la luz del expediente de supervisión.

De otro lado, en lo que respecta a la carta N° 01325-GPSU/2019 mencionada por AMÉRICA MÓVIL, de la revisión de la misma se desprende que la DAPU brinda respuesta a la información que fuera presentada por AMÉRICA MÓVIL a través de la carta N° DMR/CE/N°750/19, en la cual menciona que las modificaciones respecto del plan contratado por la **ABONADA 1** formaba parte

de un proceso de actualización tarifaria y modificación de denominación comercial, lo cual como hemos mencionado anteriormente, no se ajusta a la realidad toda vez que quedó corroborado que el plan "Max Internacional 59.90" (nuevo plan) no permitía la acumulación de saldos que sí permitía su antiguo plan "SUPERcontrol".

Ahora bien, conforme se advierte del siguiente extracto de la carta antes mencionada, esta instancia verifica que a través de dicho documento, la DAPU pone en evidencia de AMÉRICA MÓVIL, la existencia de una inconsistencia entre lo informado mediante carta DMR/CE/N°750/19 y la documentación evaluada por la DFI, lo cual podría conllevar a un eventual incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, requiriendo para tal efecto, información sobre las medidas adoptadas para otorgar solución al caso de la ABONADA 1.



En relación a ello, considerando el posible incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9[02] del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso se solicita con carácter obligatorio que dentro del plazo perentorio de cinco (05) días hábiles[3], se sirva informarnos acerca de las medidas adoptadas por su representada a efectos de otorgar una solución definitiva al problema que registra la abonada, incluyendo, el retorno a su plan inicialmente contratado, de ser el caso.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

Fuente: carta N° 01325-GPSU/2019

En ese contexto, resulta necesario mencionar que, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL[10], vigente a la fecha de emisión de la referida carta, la DAPU tenía, entre sus funciones la de coordinar con las empresas operadoras la adopción de medidas para una adecuada atención de las solicitudes de los usuarios, y es en virtud de ello, conforme se advierte del propio contenido de la carta N° 01325-GPSU/2019, que solicitó la adopción de medidas ante, a criterio de dicha Dirección, un posible incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

Por otra parte, la DAPU tiene como función, coordinar con las gerencias pertinentes, acciones de fiscalización y supervisión sobre la base de información y/o denuncias de los usuarios, por lo que, el caso reportado por la **ABONADA 1** puede ser válidamente tomado en cuenta para el análisis del cumplimiento de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso en la etapa de supervisión llevada a cabo por la DFI, en caso ésta lo considere pertinente, lo que no implica de ninguna manera que esta Dirección

[10] Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 032-2002-CD/OSIPTEL, y modificado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 036-2005-CD/OSIPTEL, Decreto Supremo N° 104-2010-PCM y Decreto Supremo N° 045-2017-PCM.

"***Artículo 52.- Funciones de la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario***
(…)
h. Coordinar con las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones la adopción de medidas para una adecuada atención de las solicitudes de los usuarios, aun cuando el asunto a tratar sea materia de un procedimiento de reclamos.
(…)
j. Coordinar con las gerencias pertinentes, acciones de perfeccionamiento del marco regulatorio y acciones de fiscalización y supervisión sobre la base de información y/o denuncias de los usuarios y de la tipología de los reclamos y la evolución de los mismos.
(…)"

efectúe una evaluación de los hechos que no sea objetiva ni imparcial, en tanto que en el Informe de Supervisión se detallan los motivos por los cuales la DFI consideró que los hechos evidenciados constituirían un incumplimiento de lo dispuesto en la norma antes mencionada, los cuales pueden ser contradichos por AMÉRICA MÓVIL posteriormente en la etapa de instrucción.

En efecto, es en base a lo analizado en el Informe de Supervisión, y no a lo señalado en la carta N° 01325-GPSU/2019, que la DFI dio inicio al presente PAS, lo cual se evidencia de la carta de notificación de cargos.

Así, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 254°[11] TUO de la LPAG, en la referida carta se notificó a AMÉRICA MÓVIL los hechos que se le imputaron a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

Adicionalmente, se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles, ampliado posteriormente por veinte (20) días hábiles adicionales, para la remisión de sus descargos, a través de los cuales puede refutar el análisis efectuado por la DFI que motivó el inicio del PAS y aportar los medios probatorios que considere pertinente para sustentar su posición, e igualmente se le otorgó un plazo de cinco (5) días para la remisión de sus descargos al Informe Final de Instrucción; por lo que, se advierte que AMÉRICA MÓVIL ha gozado en todo momento de las garantías inherentes al debido procedimiento.

En ese sentido se advierte que no existe vulneración alguna al Principio de debido Procedimiento recogido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, y el numeral 2[12] del artículo 248° de la misma norma.

Ahora bien, respecto a lo consignado en el acta de supervisión de fecha 6 de diciembre de 2019; corresponde indicar que la misma se llevó a cabo a fin de para verificar la información que fuera presentada por la empresa operadora, toda vez que como ya se mencionó anteriormente, se encontraron algunas inconsistencias entre la información remitida por AMÉRICA MÓVIL a este Organismo, y la información que fue utilizada por esta Dirección como medio probatorio para verificar el objeto principal del expediente de supervisión, que

---

11 "***Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador***
254.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:
1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.
(…)
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.
4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 173.2 del artículo 173, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.
(…)"

12 "***Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa*** *La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*
(…)
2. Debido procedimiento.- *No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.*
(…)"

era, el cumplimiento de lo señalado en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

Aunado a lo anterior, corresponde traer a colación lo establecido en el literal e) del artículo 12° del Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL y modificatorias (en adelante, Reglamento de Supervisión), el mismo que establece lo siguiente:

> ***Artículo 12°. - Facultades de los supervisores***
> *(…)*
> *e) ´Realizar exámenes sobre aspectos técnicos o tecnológicos, para lo cual pueden efectuar pruebas, analizar las características de los equipos, revisar instalaciones y, en general, llevar a cabo cualquier diligencia conducente al cumplimiento del objeto de la acción de supervisión.*
> *(…)*

Como es de verse, el Reglamento de Supervisión faculta a los supervisores a, entre otros, realizar cualquier tipo de diligencia conducente al cumplimiento del objeto de la acción de supervisión, como sucedió en el presente caso, a efectos de acreditar la información que fuera remitida por AMÉRICA MÓVIL en el marco del expediente de supervisión.

En ese sentido, se tiene que el hecho de hacer referencia al término “descargos” se encuentra claramente relacionado a la información que presentó AMÉRICA MÓVIL, no significando ello que se esté haciendo referencia a un procedimiento administrativo sancionador.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos esgrimidos por AMÉRICA MÓVIL en este extremo, toda vez que ha quedado acreditado que en el presente caso, no se ha presentado ninguna situación que podría ser calificada como un vicio del acto administrativo, establecido en el artículo 10° del TUO de la LPAG, por lo que, contrariamente a lo señalado por la empresa operadora se ha respetado el principio de debido procedimiento como garantía dispuesta en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

1.2 <u>Respecto del cumplimiento de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso</u>.-

A manera de antecedentes corresponde remitirnos a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, el cual señala lo siguiente:

> *“**Artículo 9°.- Celebración de contrato de abonado***
> *En virtud de la celebración del contrato de prestación de servicios, la empresa operadora y el abonado se someten a los términos contenidos en el mismo y a la presente norma.*
>
> *La empresa operadora **no podrá modificar unilateralmente el contrato de abonado, salvo que se trate de modificaciones tarifarias conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas o que se trate de modificaciones que resulten más beneficiosas para el abonado.** En este último caso, la empresa operadora **deberá contar previamente** con la **aprobación de la Gerencia General del OSIPTEL e informar al abonado sobre dichas modificaciones utilizando un mecanismo que permita dejar***

> ***constancia de su recepción,*** *salvo que en el acto que contenga la referida aprobación se disponga la utilización de un mecanismo distinto. Excepcionalmente, no se requerirá de la aprobación previa del OSIPTEL en el caso que la modificación contractual se encuentre referida únicamente al incremento de la velocidad de navegación del servicio de acceso a Internet o de la capacidad de descarga del referido servicio, sin perjuicio de la obligación de informar al abonado. (…)"*
>
> (Resaltado agregado)

Como se desprende de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, en principio las empresas operadoras no podrán modificar unilateralmente el contrato de abonado, salvo los siguientes supuestos:

1. Cuando se trate de modificaciones tarifarias, las mismas que son registradas en el Sistema de Información y Registro de Tarifas – SIRT conforme lo establece el Reglamento de Tarifas, sin la necesidad de contar con la aprobación del OSIPTEL.

2. Cuando se trate de modificaciones de características, atributos o condiciones del servicio, siempre y cuando estas resulten más beneficiosas para el abonado, previa aprobación del OSIPTEL.

3. Excepcionalmente, no se requerirá de la aprobación previa del OSIPTEL en el caso que la modificación contractual se encuentre referida únicamente al incremento de la velocidad de navegación del servicio de acceso a Internet o de la capacidad de descarga del referido servicio.

Al respecto, es preciso traer a colación la Exposición de Motivos de la Resolución N° 00084-2006-CD/OSIPTEL[13], la cual establece respecto de lo dispuesto en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, lo siguiente:

> *"Teniendo en consideración lo expresado, en la presente resolución se modifica el artículo 7 de las Condiciones de Uso, estableciéndose que para el caso de modificaciones futuras de las disposiciones contractuales realizadas por la empresa operadora, estarán permitidas: (i) las modificaciones tarifarias, que se regirán por lo establecido en el Reglamento General de Tarifas; y, (ii) las modificaciones que resulten más beneficiosas al abonado y no sean contrarias a las Condiciones de Uso. Para este último caso, se ha establecido que la empresa operadora deberá contar previamente con la aprobación de la Gerencia General de OSIPTEL y comunicar al abonado sobre dichas modificaciones, mediante la utilización de un mecanismo idóneo que deje constancia de su recepción.*
>
> *Es importante señalar que la aprobación por parte de OSIPTEL de las modificaciones contractuales propuestas por la empresa operadora, tiene un carácter obligatorio y necesario en la medida que será este Organismo el encargado de evaluar y analizar si las propuestas de modificación otorgan o no beneficios para los abonados.*

[13] A través del cual se modificó las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 116-2003-CD/OSIPTEL y sustituyó – entre otros – el entonces artículo 7° (hoy artículo 9°) referido a la celebración de contrato de abonado.

Cabe indicar que la comunicación a que se hace referencia no significa que la empresa operadora deberá contar con la aceptación previa del abonado sobre cada modificación que se realice, toda vez que el asentimiento para dichas modificaciones es brindado por el abonado al momento de la celebración del contrato. Por tanto, la naturaleza de la comunicación, sobre las modificaciones efectuadas, incluida la toma de conocimiento de las mismas por parte de aquél, constituye un requisito adicional que resulta obligatorio para la eficacia y el ejercicio, más no para la validez de las referidas modificaciones."

AMÉRICA MÓVIL a través de sus descargos señala que a través de los planes con componentes Ilimitados, se brinda la posibilidad de efectuar llamadas de voz (Nacional y Destinos LDI 3[14]) así como mensajes de texto ilimitados pagando una misma "tarifa plana".

Añade que desde hace algunos años, viene efectuando una importante optimización a los componentes y/o atributos de sus planes comerciales, con la finalidad de beneficiar a los abonados y/o usuarios del servicio público móvil, amparada en la libertad de empresa, la libertad de contratar y la libre iniciativa privada garantizada por nuestra Constitución.

En dicho contexto, señala que tras el aumento significativo de los atributos de sus planes comercializados, ahora pagando una misma tarifa plana, el cliente recibe diversos componentes ilimitados (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo el otorgamiento de un paquete de gigabytes para la navegación por internet, lo cual argumenta implicaría una importante mejora en los beneficios que se traduce en un ahorro considerable en el bolsillo de los consumidores de los servicios públicos móviles.

a) <u>Respecto al caso de la ABONADA 1.-</u>

AMÉRICA MÓVIL señala que el malestar de la usuaria se originó por el hecho de que los nuevos atributos otorgados a su plan (ahora denominado "Max Internacional 59.90"), no le permitiría contar con el beneficio de acumulación de saldos no utilizados mensualmente; no obstante, según señala, en la medida que el beneficio de acumulación de saldos fue establecido en un escenario donde aún no se ofertaban componentes ilimitados (situación que cambió con el incremento de los atributos de sus planes), resultaría irrelevante - a la fecha de remisión de la comunicación de la usuaria - contar (o mantener) un esquema de acumulación de saldos.

Sin perjuicio de ello, AMÉRICA MÓVIL sostiene en lo que respecta a la ABONADA 1, que en virtud a una actualización tarifaria su antiguo plan "SúperControl" paso a denominarse "Max Internacional 59.90", el cual trajo consigo mayores beneficios en cuanto a la mejora significativa de los atributos ofrecidos, entre los que se encuentran componentes ilimitados, cobertura internacional e internet móvil, con lo cual dicha usuaria gozaba de un incremento sustancial de los beneficios inicialmente otorgados, conforme se podrá advertir a continuación:

OSIPTEL M.Orozco

[14] Dependiendo del plan contratado

	Denominación	Renta mensual (Inc. IGV)	Minutos nacionales	Minutos internacionales	Minutos RPC	SMS	Internet
Plan modificado	Plan SUPERcontrol	S/ 55.00	-	-	-	-	-
Nuevo plan	Max Internacional 59.90	S/ 59.90	Ilimitado				6 GB

De otro lado, señala que a través de sus comunicaciones DMR/CE/N°756/19 y DMR/CE/N°963/19 de fechas 02 y 30 de Mayo de 2019, respectivamente, informó al OSIPTEL que el saldo acumulado de la ABONADA 1 correspondiente a la línea móvil N° 9979XXXXX, se encontraba vigente y a su entera disposición:

Al respecto, conforme al análisis efectuado por la DFI a través del Informe Final de Instrucción, en el caso del plan "SúperControl" actualmente denominado "Max Internacional 59.90", aún en el supuesto alegado por AMÉRICA MÓVIL, las modificaciones efectuadas resultaban más beneficiosas para los abonados; conforme lo dispone expresamente el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, se requería la aprobación previa del OSIPTEL, en tanto que éstas no estaban referidas únicamente a incrementos en la velocidad de navegación del servicio de acceso a Internet o de la capacidad de descarga del referido servicio, como se aprecia a continuación:

Fuente: tabla 4 del Informe Final de Instrucción

Componente del plan tarifario	Plan Modificado SUPERcontrol	Nuevo plan Max Internacional 59.90	Tipo de modificación	Marco normativo
Renta mensual	S/ 55,00	S/ 59,90	Modificación tarifaria	Reglamento General de Tarifas
Claro móvil	S/ 0,86	S/ 0,35	Modificación tarifaria	
Claro fijo	S/ 0,86	S/ 0,35	Modificación tarifaria	
SMS nacional	S/ 0,25	S/ 0,10	Modificación tarifaria	
SMS internacional	S/ 0,50	S/ 0,24	Modificación tarifaria	
Otro operador móvil	S/ 1,72	S/ 0,35	Modificación tarifaria	
Otro operador fijo	S/ 1,25	S/ 0,35	Modificación tarifaria	
Internet	-	6 GB	Modificación unilateral del contrato que no requiere aprobación del OSIPTEL	Art. 9 TUO CDU (*)
Minutos nacionales	-	Ilimitado	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
Minutos internacionales	-	Ilimitado	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
Minutos RPC	-	Ilimitado	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
SMS	-	Ilimitado	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
LDI 3	No aplica	S/ 0,35	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
LDI	-	S/ 0,6940	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
MMS	-	S/ 0,50	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
LDI 0	-	S/ 1,9832	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
LDI 1	-	S/ 9,2913	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
LDI 2	-	S/ 17,4220	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)
Acumulación de saldos no utilizados	Aplica	No aplica	Modificación unilateral del contrato	Art. 9 TUO CDU (*)

Aunado a ello, contrariamente a lo alegado por AMÉRICA MÓVIL, si bien las modificaciones contractuales, otorgaron en parte, algunas características

beneficiosas a los abonados, se debe recordar que también existieron cambios contractuales que produjeron la pérdida de algunos beneficios y atributos que tenían los abonados en sus planes anteriores (acumulación de saldos no utilizados), por lo que no podría concluirse a priori que la modificación unilateral realizada por AMÉRICA MÓVIL haya tenido un beneficio real en sus abonados.

b) Respecto de los trescientos cincuenta y cuatro (354) abonados a los que se les habría modificado las condiciones contractuales de sus planes tarifarios.-

AMÉRICA MÓVIL sostiene que en atención a lo informado mediante carta DMR/CE/N°2457/19 de fecha 14 de Noviembre de 2019[15], la DFI llega erróneamente a concluir que se habrían modificado unilateralmente las condiciones contractuales de dieciséis (16) planes tarifarios (incluyendo el plan contratado por la **ABONADA 1**), los cuales se encontraban asociados a trecientos cincuenta y cuatro (354) abonados.

En efecto, AMÉRICA MÓVIL manifiesta haber efectuado mejoras en los beneficios otorgados a los abonados y/o usuarios a los dieciséis (16) planes tarifarios imputados (aumento de atributos y/o componentes inicialmente otorgados); razón por la cual asevera no se encuentra en un escenario de "modificación contractual", en tanto que no se habría modificado ninguna condición del contrato (oportunidad de pago, cláusulas de resolución, etc), sino que se trataría de un esquema de modificación tarifaria llevada cabo dentro del RGT.

A partir de ello, AMÉRICA MÓVIL presenta un comparativo de los 15 planes tarifarios imputados en este extremo, respecto de las condiciones - antes y después - del incremento de atributos de la que fueron objeto por parte de la empresa operadora, a afectos de sustentar que los mismos se tradujeron en la entrega de mayores beneficios para sus clientes.

	ANTES	DESPUÉS	DESCARGOS DE AMÉRICA MÓVIL
1	Plan Claromax Control 45	Plan Max Internacional 49.90	Los clientes asociados al plan Claromax Control 45 contaban con 25 minutos para efectuar llamadas y enviar mensajes de texto. Los consumos efectuados excediendo el límite entregado eran descontados del saldo otorgado por su plan. Con el nuevo Plan ahora reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales y SMS) así como determinados minutos para llamadas internacionales, incluyendo un paquete de 4 Gb para la navegación por internet.
2	Plan Control Increíble 55	Plan Max Internacional 59.90	Las llamadas nacionales, internacionales y mensajes de texto de los clientes asociados al plan Control Increíble 55 eran descontados del saldo otorgado por su plan. Con el nuevo plan los clientes reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo un paquete de 6 Gb para la navegación por internet.
3	Plan Control 25	Plan Max 29.90	Las llamadas nacionales, internacionales y mensajes de texto de los clientes asociados al plan Control Increíble 25 eran descontados del saldo otorgado por su plan. Con el nuevo plan reciben 200 minutos para llamadas nacionales o LDI 3, así como 500 mensajes de texto, incluyendo además un paquete de 500 Mb para la navegación por internet
4	Plan Claromax Control 60	Plan Max Internacional 59.90	Los clientes asociados al plan Claromax Control 60 contaban con determinados minutos para efectuar llamadas y enviar mensajes de texto. Los consumos efectuados excediendo el límite entregado

[15] A través de la cual la empresa operadora informa a la DFI que la base de clientes adjuntada a su carta DMR/CE/N°756/19, no solo estaba conformada por aquellos clientes que contrataron el plan denominado "SúperControl", sino también por dieciséis (16) planes tarifarios adicionales

	ANTES	DESPUÉS	DESCARGOS DE AMÉRICA MÓVIL
			eran descontados del saldo otorgado por su plan. Con el nuevo plan los clientes reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo un paquete de 6 Gb para la navegación por internet.
5	Plan Control 35 Económico	Plan Max Internacional 39.90	Los clientes asociados al plan Control 35 Económico contaban con determinados minutos para efectuar llamadas y enviar mensajes de texto y los consumos efectuados excediendo el límite entregado eran descontados del saldo otorgado por su plan. Con el nuevo plan se cuentan con componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales y SMS) así como determinados minutos para llamadas internacionales, incluyendo un paquete de 2.5 Gb para la navegación por internet
6	Plan Control 70	Plan Max Internacional 69.90	El consumo de los clientes asociados al plan Control 70 era directamente descontado de su saldo; sin embargo, ahora pagando menos los clientes cuentan con componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo un paquete de 8 Gb para la navegación por internet.
7	Plan Claromax EG 45	Plan Max Internacional 49.90	Los consumos del Plan Claromax EG 45 eran directamente descontados de su saldo; sin embargo, con el nuevo plan ahora reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales y SMS) así como determinados minutos para llamadas internacionales, incluyendo un paquete de 4 Gb para la navegación por internet.
8	Plan Control Increíble 70	Plan Max Internacional 69.90	En el caso del plan Control Increíble 70 los consumos era directamente descontado de su saldo; sin embargo con el nuevo Plan ahora reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo un paquete de 8 Gb para la navegación por internet
9	Plan Control Económico2 39	Plan Max Internacional 39.90	En el caso del Plan Control Económico2 39 los consumos eran directamente descontados de su saldo; sin embargo, con el nuevo plan reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales y SMS) así como determinados minutos para llamadas internacionales, incluyendo un paquete de 2.5 Gb para la navegación por internet
10	Plan Control Económico2 59	Plan Max Internacional 59.90	En el caso del Plan Control Económico2 59 los consumos eran directamente descontados de su saldo; con el nuevo plan reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo un paquete de 6 Gb para la navegación por internet.
11	Plan Control Económico2 109	Plan Max Internacional 109.90	Los consumos efectuados excediendo el límite entregado eran descontados del saldo otorgado por su plan, por lo que sus consumos eran directamente descontados de su saldo. Sin embargo, con el nuevo plan los clientes reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo un paquete de 5 Gb para la navegación por internet
12	Plan Control Económico2 79	Plan Max Internacional 79.90	Los consumos efectuados excediendo el límite entregado eran descontados del saldo otorgado por su plan, por lo que sus consumos eran directamente descontados de su saldo. Con el nuevo plan reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo un paquete de 10 Gb para la navegación por internet.
13	Plan Control Increíble 100	Plan Max Increíble 99.90	Los clientes asociados al plan Control Increíble 100 pagaban una tarifa cuyas llamadas nacionales, internacionales y mensajes de texto eran descontados del saldo otorgado por su plan, por lo que su consumo era directamente descontado de su saldo. Sin embargo, ahora reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo un paquete de 14 Gb para la navegación por internet
14	Plan Control Económico 39	Plan Max Internacional 39.90	Los consumos eran directamente descontados de su saldo. Ahora con el nuevo plan reciben componentes ilimitados (minutos nacionales y SMS) así como determinados minutos para llamadas internacionales, incluyendo un paquete de 2.5 Gb para la navegación por internet.
15	Plan Control Económico 59	Plan Max Internacional 59.90	Los consumos asociados al plan Control Económico 59 eran directamente descontados de su saldo. Con el nuevo plan, estos reciben componentes ilimitados para comunicarse (minutos nacionales, minutos LDI 3 y SMS), incluyendo un paquete de 6 Gb para la navegación por internet.

Fuente: descargos de AMÉRICA MÓVIL

OSIPTEL M.Orozco

Al respecto, del análisis efectuado por la DFI a través del Anexo 3 del Informe de Supervisión, esta instancia verifica que en efecto los cambios efectuados a los planes tarifarios antes descritos, no solo estaban referidos a un incremento de la velocidad del servicio de internet, o se limitaban a un incremento tarifaria (regulado por el RGT); sino que en estricto, modificaba las condiciones contractuales respecto de las cuales los abonados manifestaron su voluntad de contar con el servicio suscribiendo un contrato.

Aunado a ello, contrariamente a lo alegado por la empresa, si bien las modificaciones contractuales, otorgaron en parte, algunos atributos que podrían considerarse beneficiosos a los abonados, se debe tener en cuenta que dichos planes en su mayoría imponían adicionalmente una carga al abonado (representado por un incremento de la tarifa), siendo que además no todos los componentes eran ilimitados y también existieron cambios contractuales que produjeron la pérdida de algunos beneficios y atributos que tenían los abonados en sus planes anteriores, por lo que no podría concluirse a priori que la modificación unilateral realizada por AMÉRICA MÓVIL haya tenido un beneficio real en sus abonados.

Es importante señalar que en el presente caso, estamos ante contratos de adhesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, siendo que la facultad de la empresa operadora para determinar el contenido del mismo es manifiestamente mayor respecto de los abonados. Lo señalado resulta más evidente cuando se tiene en consideración que en dichos contratos, el acceso al servicio, requiere la aceptación previa del solicitante sobre la totalidad de sus estipulaciones.

En dicho contexto, aun cuando de acuerdo a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL estemos ante condiciones contractuales que su entender podrían ser más favorables a los abonados; la aprobación por parte de OSIPTEL de las modificaciones contractuales propuestas por la empresa operadora, tiene un carácter obligatorio y necesario en la medida que será este Organismo – y no la empresa operadora - el encargado de evaluar y analizar si las propuestas de modificación otorgan o no beneficios para los abonados.

Conforme a los argumentos esgrimidos corresponde desestimar lo alegado por LA EMPRESA, dado que, ha quedado acreditado el incumplimiento de la empresa operadora respecto de lo señalado en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso.

c) Respecto de la modificación normativa efectuada al artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso

AMÉRICA MÓVIL sostiene que mediante Resolución N° 059-2020-CD/OSIPTEL, se aprobó el proyecto de *"Norma que modifica las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos"*, que, entre otros, se dispone modificar el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, eliminando la obligación de las operadoras de remitir al OSIPTEL para aprobación aquellas modificaciones que resulten más beneficiosas para el abonado.

En ese sentido, manifiesta que dicha obligación regulatoria resultaba completamente desproporcionada dado que afectaba la dinámica comercial y competitiva del mercado de telecomunicaciones.

De acuerdo a ello, AMÉRICA MÓVIL considera que no resultaría acorde con la seguridad jurídica, imponerles una sanción administrativa sustentada en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que dicha norma estaría próxima a ser modificada por las distorsiones que ha venido generando a la dinámica comercial y competitiva del sector de las telecomunicaciones, por lo que solicita el archivo definitivo del presente sancionador.

En este punto, cabe mencionar que de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 5[16] del artículo 248° del TUO de la LPAG, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

En atención a los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL, corresponde indicar que efectivamente mediante la Resolución N° 00059-2020-CD/OSIPTEL, publicada el 16 de mayo de 2020, se decidió aprobar la publicación para comentarios del proyecto que modifica el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, el cual fue finalmente modificado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00138-2020-CD/OSIPTEL en los siguientes términos:

> "***Artículo 9.- Celebración del contrato de abonado***
> *En virtud de la celebración del contrato de prestación de servicios, la empresa operadora y el abonado se someten a los términos contenidos en el mismo y a la presente norma.*
>
> *La empresa operadora está prohibida de modificar unilateralmente el contrato de abonado, salvo que se trate de:*
>
> 1. *Modificaciones de Tarifas conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas, y/o*
> 2. *Modificaciones de Atributos que resulten más beneficiosas para el abonado. Se considera como mayor beneficio para el abonado el incremento de minutos, mensajes de texto, datos y/o velocidad de navegación, entre otros o inclusión de nuevas prestaciones.*
>
> *Sin perjuicio de ello, en el supuesto establecido en el numeral (ii) el OSIPTEL podrá evaluar si las modificaciones unilaterales del contrato de abonado resultan, en efecto, más beneficiosas para el abonado.*
>
> *En caso se verifique que dichas modificaciones no resultan más beneficiosas para el abonado, mediante resolución de Gerencia General se ordena la revocatoria o corrección de cualquier modificación tarifaria implementada por la empresa operadora, determinando, inclusive, las devoluciones que correspondan.*
>
> *La celebración del contrato de abonado (…)*"

[16] "***Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa***
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(…)
5.- Irretroactividad.- *Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.*
Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.
(…)"

Sobre el particular, corresponde precisar que, tal como se menciona en la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 00138-2020-CD/OSIPTEL, la modificación del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso ha sido sustentada al haber advertido la presencia de un escenario que incumbe a todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, los cuales se verían impedidos de incrementar atributos a la vez que realizan modificaciones tarifarias, cuando ello resulta en beneficio del abonado, siendo que dicho contexto puede producir que los operadores se vean impedidos de realizar adecuadamente un incremento de atributos de sus ofertas comerciales que permitan una satisfacción del usuario.

En esa razón, a fin de evitar que se causen escenarios en los que el abonado no goce oportunamente de los incrementos de atributos que las empresas puedan realizar cuando a su vez realizan modificaciones en sus tarifas, y prevenir la generación de distorsiones en el mercado, es que se ha propuesto la modificación del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, para que las empresas operadoras puedan modificar unilateralmente el contrato de abonado en beneficio para el abonado, sea efectuado de manera conjunta o separada de la modificación tarifaria que se realice en el marco de lo establecido en el RGT.

Asimismo, si bien se eliminó la obligación de una aprobación previa por parte del OSIPTEL para proceder a efectuar las modificaciones de atributos que resulten más beneficiosas para el abonado, a fin de generar predictibilidad sobre qué supuestos pueden ser considerados como más beneficiosos para el abonado, se mencionó en dicho artículo algunos de ellos, tales como, el incremento de minutos, mensajes de texto, datos y/o velocidad de navegación, entre otros, o inclusión de nuevas prestaciones.

Adicionalmente, a fin de asegurar el cumplimiento de lo establecido en esta modificatoria, se tipificó como infracción grave el incumplimiento del segundo párrafo del artículo 9 de las Condiciones de Uso, es decir, el modificar el contrato sin que los atributos de dichas modificaciones resulten más beneficiosos para el abonado; lo cual a consideración de esta instancia no constituye un escenario más beneficioso para AMÉRICA MÓVIL, considerando que a la fecha de comisión de los incumplimientos, la infracción tenía gravedad leve.

Aunado a ello, tal como se ha señalado de manera previa, en el presente caso, no estamos ante escenarios más beneficiosos para los abonados, en tanto que de un análisis de los componentes de cada uno de los planes tarifarios imputados se verifica que el incremento tarifario vino acompañado de nuevas prestaciones (no todas ilimitadas) y además existieron cambios contractuales que produjeron la pérdida de algunos beneficios y atributos que tenían los abonados en sus planes anteriores; situación que resulta igualmente sancionable en el marco de la modificatoria planteada mediante Resolución N° 00138-2020-CD/OSIPTEL

En consecuencia, conforme a los argumentos esgrimidos corresponde desestimar lo argumentado por AMÉRICA MÓVIL sobre este extremo.

1.3 <u>Respecto del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16° del RSIRT</u>.-

AMÉRICA MÓVIL señala que la DFI no ha tenido en consideración que los hechos que han sustentado el presente PAS se enmarcaron en un proceso de actualización tarifaria y modificación de denominación comercial, sino también en una reestructuración de la oferta de planes que involucraron en todos los casos el otorgamiento de mayores beneficios a los inicialmente otorgados, a través de mejoras significativas de los tributos ofrecidos en los mismos, entre los que se encontraban componentes ilimitados, incluyendo el otorgamiento de un paquete de gigabytes para la navegación por internet.

En ese contexto AMÉRICA MÓVIL argumenta que lo sucedido en el presente caso no sólo implicó cambiar la tarifa previamente registrada en un plan determinado, como lo establece el artículo 16° del RSIRT, sino que también se otorgó mayores beneficios en todos los casos observados, situación que originó que en estricto se cambiaran los alcances de los atributos de los 16 planes comerciales imputados en este extremo del procedimiento sancionador.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL arguye que la inclusión de las mejoras en los planes tarifarios previamente registrados devenían en un proceso sumamente complejo y pasible de cualquier tipo de incidencia en el ingreso de los componentes adicionales otorgados como parte de la reestructuración de planes que efectuó la empresa situación que se tornó mucho más complicada si se tiene en consideración que dicho procedimiento no cuenta con una funcionalidad automatizada en el SIRT, lo cual implica que cualquier mejora de los planes previamente registrados deban ser efectuados manualmente (uno por uno) por el usuario del sistema, situación que deja abierta la posibilidad que se presente cualquier tipo de incidencia que conlleve a trasladar información equivocada al usuario.

Sobre lo señalado por AMÉRICA MÓVIL sobre este punto, corresponde traer a colación lo establecido en el artículo 16° del RSIRT, el mismo que señala lo siguiente:

> *"**Artículo 16°. - Cambio de tarifas establecidas***
>
> *En los casos que la empresa operadora decida modificar algunas de las tarifas establecidas, deberá utilizar la opción "Cambio de Tarifa" habilitada en la tarifa previamente registrada, lo que implicará que el código de registro de dicha tarifa se mantenga. Esta opción generará un nuevo ingreso que se guardará inicialmente en Estado Temporal. Al realizarse el registro correspondiente de la nueva tarifa, el SIRT considerará como no vigente la anterior tarifa establecida.*
>
> *En este caso, la empresa operadora deberá indicar en la casilla "Variación" si la nueva tarifa a ser registrada corresponde a: (i) un aumento tarifario, (ii) una reducción tarifaria, o (iii) una modificación de las condiciones del servicio aprobada por el* OSIPTEL, *sea que ésta resulte de la fijación de ajustes sobre tarifas tope o del otorgamiento de mayores beneficios para los usuarios, de acuerdo a lo dispuesto en la normativa vigente. En ningún caso la empresa operadora podrá registrar la modificación de una tarifa previamente registrada como una nueva tarifa establecida".*

De acuerdo a lo anterior, ante una modificación de las tarifas establecidas, las empresas operadoras deben utilizar la opción "Cambio de Tarifa" habilitada en la

tarifa previamente registrada, lo cual implicará que el código de registro de la tarifa establecida se mantenga.

Una vez realizado ello, el sistema generará un nuevo ingreso que se mantendrá de manera temporal hasta realizarse el nuevo registro de la tarifa. Conforme a lo anterior, se deberá especificar si la nueva tarifa corresponde a un aumento tarifario o a un reducción tarifaria y modificación contractual de las condiciones del servicio.

Así, podemos señalar que conforme ha sido desarrollado en el Informe de Supervisión, con la finalidad de verificar la información proporcionada por AMÉRICA MÓVIL, la DFI procedió a revisar la data del archivo Excel remitido denominado “Base_PLANES CONTROL.XLSX”, advirtiéndose que el registro del incremento tarifario aplicado a los referidos abonados suscritos a los planes tarifarios, se habría realizado el 6 de julio de 2018 como una nueva tarifa establecida.

Al respecto, si bien la empresa operador justifica haber registrado los incrementos tarifarios en el SIRT como una nueva tarifa, aduciendo que resultaba complejo y pasible de cualquier tipo de incidencia en el ingreso de los componentes adicionales, realizar el registro de cada uno de los incrementos en los registros establecidos en su respectiva tarifa establecida; lo cierto es que no le resultó complejo ni pasible de cualquier incidencia el hecho de registrar cada uno de los dieciséis (16) planes tarifarios que se encontraron sujetos a incrementos tarifarios, como una nueva tarifa establecida, por lo que se entiende que el mismo tiempo que le tomó llevar a cabo los citados registros hubiera servido para ingresar la información correspondiente y de manera correcta en cada una de las tarifas establecidas, conforme lo señalado en el artículo 16° del RSIRT.

Código	Nombre	Fecha Inicio Vigencia	Fecha Inicio Comercialización	Fecha Fin Comercialización	Valor Plan (*) (S/ Inc. IGV)	Fecha de Registro
TECNV2018002327	Claromax Control 45 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	49.90	06/07/2018
TECNV2018002304	Control Increíble 55 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	59.90	06/07/2018
TECNV2018002305	Plan Supercontrol (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	59.90	06/07/2018
TECNV2018002302	Control Económico2 39 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	39.90	06/07/2018
TECNV2018002307	Control Económico2 59 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	59.90	06/07/2018
TECNV2018002320	Control 25 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	29.90	06/07/2018
TECNV2018002315	Control Increíble 70 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	69.90	06/07/2018
TECNV2018002308	Claromax Control 60 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	59.90	06/07/2018
TECNV2018002323	Control Económico2 79 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	79.90	06/07/2018
TECNV2018002329	Control Increíble 100 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	99.90	06/07/2018
TECNV2018002326	Claromax Control EG 45 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	49.90	06/07/2018
TECNV2018002316	Control Económico2 109 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	109.90	06/07/2018
TECNV2018002328	Control Económico 59 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	59.90	06/[illegible]8
TECNV2018002314	Control 70 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	69.90	06/07/2018
TECNV2018002301	Control 35 Económico (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	39.90	06/[illegible]8
TECNV2018002325	Control Económico 39 (Actualización)	27/07/2018	27/07/2018	27/07/2018	39.90	06/07/2018

Fuente: SIRT e información registra por la empresa América Móvil Perú S.A.C.
(*) Renta mensual incrementada.

Sobre el particular, 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.

En esa línea, Nieto[17] 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; y, de ser el caso, atenuantes.

En el presente caso, habiéndose determinado los hechos constitutivos de la infracción, cabe indicar que AMÉRICA MÓVIL, a lo largo del presente PAS, no ha presentado medios probatorios idóneos que acrediten una situación de caso fortuito o fuerza mayor que le haya impedido cumplir con su obligación, de modo que permita deslindarla de responsabilidad y desvirtuar la infracción imputada; en concordancia con lo establecido en el numeral 171.2 del artículo del TUO de la LPAG, el cual establece que “corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas o aducir alegaciones”.

Asimismo, corresponde señalar que este Organismo ha actuado dentro de los límites de las facultades atribuidas por la LDFF, específicamente con relación a lo dispuesto en el artículo 24°, que atribuye al OSIPTEL la facultad sancionadora y de tipificación. En consecuencia, el incumplimiento que se le imputa a AMÉRICA MÓVIL se encuentra debidamente tipificado en la normativa de modo tal que permite, tanto al administrado como a la administración pública, prever con suficiente certeza lo que constituye el ilícito sancionable.

En lo concerniente a tomar en cuenta un criterio razonable alegado por AMÉRICA MÓVIL cabe indicar que el OSIPTEL ha respetado plenamente el Principio de Razonabilidad, toda vez que existe una proporción adecuada entre el medio empleado por este Organismo Regulador – el inicio de un PAS- y el fin público que se pretende tutelar, por cuanto, en el presente caso, el bien jurídico protegido es que se registre de manera correcta los incrementos tarifarios aplicables a los usuarios por parte de las empresas operadoras.

En ese sentido, corresponde atender a lo dispuesto por el Principio de Razonabilidad previsto por el numeral 1.4 del artículo IV del TUO de la LPAG, que dispone que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Tomando en cuenta lo indicado, se tiene que el Principio de Razonabilidad ha sido concebido como una regla particularizada para las decisiones de gravamen impuestas por la Administración, ya que se entiende que estas medidas devienen en afectaciones admitidas sobre los derechos y bienes de los administrados. En tal sentido, mediante este Principio, la Ley da una pauta

OSIPTEL M.Orozco

[17] NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. Página 424.

fundamental a la autoridad que tiene la competencia para producir actos de gravamen: producirla de manera legítima, justa y proporcional. Ante ello, la norma contempla que, para cumplir con dicho principio, una disposición de gravamen (por ejemplo, una sanción administrativa, la ejecución de acto, la limitación de un derecho, etc) debe:

- Adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida; es decir, cumplir y no desnaturalizar la finalidad para la cual fue acordada la competencia de emitir el acto de gravamen.

- Mantener la proporción entre los medios y fines; quiere decir que, la autoridad al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre los diversos grados que una misma nación puede conllevar, no tiene plena discrecionalidad para la opción, sino que debe optar por aquella que sea proporcional a la finalidad perseguida por la norma legal.

A partir de las disposiciones mencionadas en el párrafo precedente, resulta importante indicar que, en un primer momento, el inicio de un procedimiento sancionador tiene como finalidad la evaluación de los hechos que constituirían una infracción de las normas y/o reglamento emitidos por la autoridad; posterior a ello, y una vez determinado el incumplimiento de deberes u obligaciones, el órgano instructor debe determinar la pertinencia de la imposición de una sanción sobre la base de los criterios previamente establecidos.

Por lo tanto, en cuanto a la aplicación del Principio de razonabilidad, mencionaremos sus tres dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.

Respecto del juicio de adecuación**,** es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de 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, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones. En otros términos, la sanción tiene un efecto disciplinador.

Al respecto, se debe advertir que el objetivo y finalidad de la intervención del ente regulador en el presente caso está representado por la relevancia de cautelar el bien jurídico e interés protegido por el artículo 16° del RSIRT, el cual consiste en que el registro contenga el historial de las modificaciones tarifarias que puedan darse en el tiempo y se mantenga el adecuado registro de la información tarifaria en el SIRT.

En relación a este punto, es necesario señalar que el incumplimiento de la prohibición de registrar la modificación de una tarifa previamente registrada como una nueva tarifa, incide directamente y afecta el derecho de información de los usuarios y/o abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones, toda vez que se limita el acceso de información al usuario acerca del historial de modificaciones tarifarias que pudieran darse en el tiempo, así como conocer si se trata de una modificación de tarifas proveniente de un ajuste tarifario emitido por el OSIPTEL, o de una modificación unilateral de las condiciones del servicio.

OSIPTEL M.Orozco

A partir de lo descrito, el inicio del presente PAS se encuentra justificado en el ejercicio de la facultad sancionadora del OSIPTEL ante el incumplimiento de AMÉRICA MÓVIL de la obligación que se encuentra tipificada como infracción grave en el ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del RSIRT, al haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 16° de la referida norma.

Con relación al 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 con los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

Así es preciso citar al Tribunal Constitucional, el cual nos señala lo siguiente:

> *"De acuerdo con este, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medos alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.*
> (Subrayado agregado)

En referencia a lo citado, Marcial Rubio Correa manifiesta que el Tribunal Constitucional ha planteado la necesidad de hacer la comparación entre la intensidad de afectación de los derechos constitucionales por el hecho sometido a control y la posible menor intensidad con que afectarían los derechos constitucionales otros hechos hipotéticos que alcanzarán el mismo fin.

De acuerdo a ello, debe verificarse que la medida administrativa elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas que cumplan con similar eficacia, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

Sobre ello, se debe señalar que la normativa especial, en lo referido a la regulación dentro del sector de telecomunicaciones, contempla la imposición de otras figuras jurídicas que deben ser evaluadas acorde con la finalidad perseguida, tales son: i) las comunicaciones preventivas; ii) las medidas de advertencia señaladas en el Reglamento de Supervisión, y iii) las medidas correctivas, contempladas en el RFIS.

Estas medidas al imponerse deben buscar que AMÉRICA MÓVIL despliegue las acciones necesarias a fin de no volver a incurrir en la infracción tipificada como grave en el ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del RSIRT, es decir, una finalidad disuasiva.

Respecto de la imposición de Comunicaciones Preventivas contempladas en el Reglamento de Supervisión, se debe señalar que las mismas corresponden a comunicaciones emitidas en función al resultado de los monitoreos realizados por la DFI, los cuales miden el desempeño de las entidades supervisadas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones con la finalidad que la empresa operadora adopte acciones correspondientes para solucionar problemas detectados, lo cual no ocurrió en este caso, toda vez que el presente

PAS se inició como consecuencia de la supervisión tramitada en el Expediente N° 00048-2019-DFI, en el cual se advirtió el presunto incumplimiento de AMÉRICA MÓVIL.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de la imposición de una Medida de Advertencia, corresponde señalar que la misma no corresponde en tanto que no se han presentado los supuestos establecidos en el artículo 30° del Reglamento de Supervisión.

Respecto a la posibilidad de aplicar una Medida Correctiva, es importante mencionar que cada caso corresponde ser evaluado en función a sus particularidades, sin que ello involucre una afectación al Principio de Predictibilidad o Razonabilidad.

En el presente caso, estamos ante una infracción con una probabilidad de detección media, cuyo incumplimiento conlleva una afectación directa a los usuarios; toda vez que, incide directamente y afecta el derecho de información de los usuarios y/o abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones, toda vez que se limita el acceso de información al usuario acerca del historial de modificaciones tarifarias que pudieran darse en el tiempo, así como conocer si se trata de una modificación de tarifas proveniente de un ajuste tarifario emitido por el OSIPTEL, o de una modificación unilateral de las condiciones del servicio

En virtud de lo señalado, esta instancia considera que el inicio de un PAS era el único medio viable para persuadir a AMÉRICA MÓVIL que, en lo sucesivo, evite incurrir en nuevos incumplimientos de las obligaciones antes mencionadas; por tanto, se cumple la dimensión del test de razonabilidad en lo que atañe al juicio de necesidad.

Finalmente, en virtud al juicio de proporcionalidad, se busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, por lo cual esta instancia considera que este parámetro está vinculado con el juicio de necesidad. Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que se busca compensar el bien jurídico tutelado, el cual se encuentra relacionado al derecho de información que tienen los usuarios del servicio público de telecomunicaciones de conocer la razón por la cual se estaría efectuando las modificaciones tarifarias a sus servicios contratados.

Asimismo, es pertinente remarcar que AMÉRICA MÓVIL es una empresa especializada en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, quien desarrolla una actividad que le ha sido encargada mediante una Concesión otorgada por el Estado Peruano, por lo que se encontraba obligada a contar con las herramientas adecuadas y el nivel de capacitación necesario de su personal para dar cumplimiento a la normativa antes referida.

De otro lado, cabe señalar que el inicio del presente PAS, busca generar un incentivo para que en lo sucesivo AMÉRICA MÓVIL sea más cautelosa en lo que concierne al cumplimiento de la normatividad que involucra su actividad. Por lo tanto, es mayor el beneficio que se espera produzca la medida adoptada sobre el interés general, respecto al eventual desmedro sufrido por AMÉRICA MÓVIL operadora. De la misma manera, se debe tener presente que los perjuicios sufridos por la empresa operadora no la relevan de cumplir sus obligaciones

OSIPTEL M.Orozco

legales, como es el caso de actuar con la diligencia debida, a efectos de acreditar el eximente de responsabilidad.

En atención a lo expuesto, el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan la correcta y adecuada aplicación del procedimiento iniciado, por lo que corresponde desestimar los argumentos expuesto por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

1.4 Respecto del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12° del RGT.-

El artículo 12° del RGT, establece lo siguiente:

> *"**Artículo 12.- Obligación adicional en caso de aumentos tarifarios***
>
> *Además de las obligaciones establecidas en el inciso (ii) del Artículo 11, los aumentos en el valor nominal de las Tarifas Establecidas que se aplican de manera continuada y automática por periodos iguales o mayores a treinta (30) días calendario, deberán ser informados por las empresas operadoras a sus abonados, utilizando un mecanismo que permita dejar constancia de que cada uno de éstos recibió la información.*
>
> *La correspondiente información deberá ser remitida a los abonados al menos diez (10) días calendario antes de la entrada en vigencia de la nueva tarifa; excepto cuando se trate de aumentos vinculados a resoluciones sobre tarifas tope emitidas por el OSIPTEL, en cuyo caso dicha obligación deberá cumplirse dentro de los diez (10) días calendario siguientes de la fecha en que se notifique la respectiva resolución tarifaria.*
>
> *La comunicación que sea remitida a los abonados deberá señalar expresamente que se trata de un aumento de la Tarifa Establecida, y contener como mínimo la siguiente información: (i) la denominación del concepto tarifario; (ii) el valor nominal de la nueva y antigua tarifa incluido el IGV y su periodicidad; (iii) la fecha de entrada en vigencia de la nueva tarifa; y (iv) el derecho del abonado de terminar el contrato conforme a lo dispuesto por las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.*
>
> *(…)"*

Conforme se desprende del artículo anterior, cuando se trate de incrementos tarifarios que apliquen las empresas operadoras a sus abonados, dichas empresas se encontrarán en la obligación de notificar los incrementos aludidos a sus abonados, utilizando para tal efecto un mecanismo que permita dejar constancia de que cada uno de éstos recibió la información.

Si bien de la lectura del artículo 12º del RGT no se indica cuál es el mecanismo a emplearse por las empresas operadoras a fin de dar cumplimiento a la referida obligación, sí indica qué cualidad debe tener dicho mecanismo de comunicación y las características del mismo.

En el presente caso, corresponde indicar que AMÉRICA MÓVIL utilizó en calidad de mecanismos para informar a sus abonados sobre el incremento tarifario cartas físicas y correos electrónicos, a través de los cuales informó a sus abonados que dicho incremento se aplicaría a partir del 12 y 20 de agosto de 2018, conforme el siguiente detalle:

Mecanismo utilizado	Cantidad de comunicaciones
Carta	180
Correo electrónico	174
Total	**354**

Fuente: América Móvil Perú S.A.C.

En dicho contexto, de la evaluación llevada a cabo por DFI, de determinó que AMÉRICA MÓVIL habría incumplido con lo dispuesto por el artículo 12° del RGT, toda vez que, en doscientos dieciocho (218) de trescientos cincuenta y cuatro (354) casos, el mecanismo de notificación utilizado por la referida empresa para comunicar el incremento tarifario a sus abonados no dejó constancia de que éstos últimos hayan recibido dicha información.

No obstante ello, de la revisión de la imputación efectuada por la DFI, esta instancia verifica que los doscientos dieciocho (218) mecanismos de notificación cuestionados, corresponden – entre otros – a los **planes Control Increíble 70 (Max Internacional 69.90), Claromax Control 60 (Max Internacional 59.90), Control Increíble 100 (Max Increíble 99.90) y Control 70 (Max Internacional 69.90)** respecto de los cuales no se ha presentado un incremento tarifario; razón por la cual no cumple con el supuesto de hecho regulado en la norma, correspondiendo el ARCHIVO del PAS en este extremo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la imputación por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12° del RGT, recaería sobre la siguiente casuística:

Denominación antigua del plan tarifario	Denominación nueva del plan tarifario	Tipo de Notificación	
		Física	Virtual
Claromax Control 45 (Actualización)	Max Internacional 49.90	26	6
Control Increíble 55 (Actualización)	Max Internacional 59.90	40	10
Plan Supercontrol (Actualización)	Max Internacional 59.90	26	7
Control Económico2 39 (Actualización)	Max Internacional 39.90	25	2
Control Económico2 59 (Actualización)	Max Internacional 59.90	19	1
Control 25 (Actualización)	Max 29.90	15	7
Control Económico2 79 (Actualización)	Max Internacional 79.90	3	0
Claromax Control EG 45 (Actualización)	Max Internacional 49.90	1	1
Control Económico2 109 (Actualización)	Max Internacional 109	1	0
Control Económico 59 (Actualización)	Max Internacional 59.90	1	1
Control Económico 39 (Actualización)	Max Internacional 39.90	1	0
	TOTAL	**158**	**35**

Al respecto, AMÉRICA MÓVIL argumenta que el mecanismo utilizado para informar a sus abonados sobre el referido incremento tarifario, fue una comunicación remitida en el marco de lo previsto en el artículo 12° del RGT, y que por lo tanto no correspondía que dicha notificación estuviera regulada en el marco de lo establecido en el artículo 21° del TUO de la LPAG, lo cual conllevaría una vulneración al Principio de Legalidad.

Adicionalmente, AMÉRICA MÓVIL sostiene que se estarían vulnerando los Principios de Culpabilidad y Presunción de Licitud, toda vez que se le estaría atribuyendo responsabilidad objetiva a partir de la sola verificación de determinados casos en donde los correos electrónicos remitidos por la empresa no fueron recibidos por sus destinatarios, situación que responde al hecho de que los emails proporcionados por los propios abonados no eran los correctos, lo cual escapa de su esfera de control. Así pues, a entender de AMÉRICA MÓVIL los principios antes aludidos se han visto vulnerados en tanto que su

responsabilidad debió ser acreditada bajo el régimen de la responsabilidad subjetiva, conforme lo prescribe la normativa.

En este extremo, esta instancia considera oportuno tener en cuenta que en el presente caso estamos ante un incremento tarifario - decidido unilateralmente por la empresa operadora – que conlleva un mayor gasto por parte del abonado por el uso del servicio, siendo necesario que éstos cuenten con toda la información necesaria para facilitar la toma de sus decisiones de consumo. Ello aún, es más relevante si se considera que los incrementos tarifarios en las rentas periódicas pueden aplicarse en un momento tal en que se mantiene vigente algún plazo forzoso establecido en el contrato de abonado.

En esa línea, es importante destacar el hecho que la obligación impuesta a las empresas operadoras de utilizar mecanismos de comunicación que permitan generar constancia de que cada uno de sus abonados tomó conocimiento de los incrementos tarifarios, fue prevista con la finalidad que el abonado sea efectivamente informado acerca de cualquier modificación tarifaria que afectará los términos contractuales con los que adquirió un servicio público de telecomunicaciones. Ello para que, ante cualquier circunstancia, el abonado pueda exigir el cumplimiento de los términos contractuales originales o en su defecto, proceder a solicitar la terminación de su contrato de acuerdo a lo establecido en el TUO de las Condiciones de Uso. Lo contrario le imposibilita o dificulta el ejercicio de sus derechos

Conforme a ello, si bien el RGT no establece qué mecanismo debe ser empleado para dar cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 12°, quedando a libertad de las empresas operadoras, poder optar por el mecanismo que les resulte más idóneo; lo cierto es que sea cual fuere el mecanismo empleado, éste debe dejar constancia que cada uno de sus abonados tomó conocimiento del aumento en el valor nominal de la tarifa establecida; correspondiendo a la empresa operadora la carga de la prueba de acreditar la recepción por parte de cada uno de sus abonados, de la información respectiva.

Conforme se señaló en el Informe de Supervisión -respecto de la notificación de las cartas físicas a los abonados a los que se les aplicó el incremento tarifario- en línea con el análisis efectuado por la DFI - debemos indicar que lo remitido por AMÉRICA MÓVIL[18] (hojas de ruta) no permite tener constancia que en efecto la notificación se llevó a cabo, siendo que además en algunos casos no figuran el nombre completo del abonado, el número del documento legal que identifique al abonado o de la persona que recibe la carta dando conformidad a la recepción de la misma.

En el caso de las notificaciones electrónicas, si bien AMÉRICA MÓVIL sostiene que los correos electrónicos fueron remitidos a los emails proporcionados por los propios abonados; lo cierto es que de los actuados no se advierte medio probatorio alguno que acredite dicha afirmación o que en todo caso demuestre las medidas adoptadas por la empresa operadora a fin de ubicar a dichos abonados, a fin de dar cumplimiento a la normativa.

Resulta preciso recordar, que a efectos de realizar la comunicación a los abonados acerca de incrementos tarifarios, las empresas operadoras se

[18] Mediante carta N° DMR/CE/N°2457/19, AMÉRICA MÓVIL remitió hojas de ruta a fin de acreditar las s constancias de recepción de las comunicaciones cursada a sus abonados acerca del incremento tarifario.

encuentran obligadas a utilizar un mecanismo de notificación por medio del cual se pueda obtener dejar constancia que los abonados efectivamente recibieron la información, y para ello, no solo basta con que la empresa operadora escoge cualquier medio de notificación; sino que además, debe actuar con la diligencia debida para cumplir con la finalidad de la norma que es lograr que los abonados tengan pleno conocimiento acerca del incremento en las tarifas de los servicios públicos que fueron contratados.

En ese sentido, esta instancia considera que respecto de un total de ciento noventa y tres (193) casos, AMÉRICA MÓVIL no ha cumplido con acreditar haber utilizado mecanismos que permitan dejar constancia que cada abonado recibió información sobre el incremento tarifario, incumpliendo de esta manera con lo establecido en el artículo 12° del RGT, imputado a través del presente PAS.

Es preciso indicar que en el presente PAS se imputa a AMÉRICA MÓVIL el incumplimiento del artículo 12 del RGT y no del artículo 21 del TUO de la LPAG, como pretendería señalar AMÉRICA MÓVIL en sus descargos; siendo que la invocación a este último, está referida a fin de identificar los criterios e información mínima a ser considerada en el caso de notificaciones personales (por carta) para garantizar la eficacia de la misma.

En efecto a fin de acreditar que los abonados tomaron conocimientos del incremento tarifario planteado por la empresa operadora, las notificaciones – vía carta – realizadas deberán dejar constancia de la misma, siendo indispensable la identificación del abonado y/o la persona que recibe la comunicación, situación que en el presente caso no ha quedado demostrado.

En ese sentido, es posible colegir que no ha existido un vulneración al Principio de Tipicidad, Causalidad o, de ningún otro hecho que permita o pudiera permitir la vulneración de los derechos de la empresa operadora; correspondiendo desestimar los argumentos planteados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

1.5 <u>Respecto del literal a. del artículo 7° del RFIS</u>.-

AMÉRICA MÓVIL argumenta que la no entrega de logs de envío de los correos electrónicos correspondientes a siete (7) abonados, se produjo porque se trataba de información que no fue producida por la plataforma “ICOM MARKETING – ICOMMKT” al momento de remitir los correos electrónicos informativos acerca del incremento tarifario.

En ese sentido, señala que al momento de realizar el upload de una base de datos a la herramienta ICOMMKT, ésta en automático hace una primera revisión de la referida base donde valida que cada dirección de correo esté bien formada (sintácticamente). Eso quiere decir, que correos con espacios, sin @ o correos con error en sintaxis son identificadas como correos inválidos. Los correos inválidos no son almacenados ni registrados en la herramienta, así como tampoco generan ningún tipo de log al no haber culminado su proceso de envío.

Siendo ello así, AMÉRICA MÓVIL señala que deviene en imposible materialmente remitir el log de envío de los correos electrónicos de siete (7) abonados en tanto se trató de información que no fue producida por la plataforma “ICOMMKT”.

Al respecto, resulta conveniente mencionar que en la Acción de Supervisión de fecha 06 de diciembre de 2020, se abordó de **manera general** las acciones realizadas por AMÉRICA MÓVIL en relación a la presunta modificación de condiciones contractuales de los planes tarifarios, así como del incremento tarifario aplicado a sus abonados.

Tal es así que, en dicha oportunidad no fue posible levantar la información que se requirió (*logs* de envío de los correos electrónicos, flujo del funcionamiento del proceso de envío de comunicaciones electrónicas, entre otros), debido a la presunta complejidad que conllevaba preparar la información requerida y a las coordinaciones internas que se tendrían que realizar para cumplir con la misma; motivo por el cual, y a solicitud de los funcionarios de AMÉRICA MÓVIL, se otorgó un plazo razonable de cinco (5) días hábiles para la remisión de lo solicitado por el OSIPTEL.

Posteriormente, AMÉRICA MÓVIL, mediante carta N° DMR/CE/N°2854/19 recibida el 19 de diciembre de 2019, remitió al OSIPTEL, entre otros, el "Procedimiento para carga de *Mailing",* documento que detalla el procedimiento que la referida empresa operadora habría utilizado para el envío de emails; no obstante, no describe el proceso de **revisión o validación** que **también** realiza a las direcciones que correo electrónico a nivel de sintaxis y que, conforme se señala en el Informe Final de Instrucción, **recién** es explicado en los descargos realizados por AMÉRICA MÓVIL, así como también detecta correos electrónicos duplicados y realiza un único envío por abonado.

En virtud de las evidencias mostradas por AMÉRICA MÓVIL en relación a la no remisión del *log* de envío de los correos electrónicos de siete (7) abonados[19], y conforme a lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción, se advierte que en cinco (5) casos la plataforma denominada "ICOMMKT" detectó correos electrónicos duplicados asociados a un servicio móvil distinto, por lo que dicha herramienta solo elige una dirección electrónica y procede al envío del correo electrónico y excluye las demás; siendo que devendría en un imposible material obtener los *logs* de los correos electrónicos excluidos, debido a que no se habrían enviado.

Asimismo, en los dos (2) casos restantes la referida plataforma los identificó como correos electrónicos inválidos porque contenían errores en su sintaxis, por lo que no se tuvieron en cuenta para la remisión de los correos electrónicos; por lo que resulta aplicable el principio de Verdad Material recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el cual establece lo siguiente:

> ***"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo***
> *(…)*
> ***1.11. Principio de verdad material.-*** *En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. (…)"*

[19] Despachos Aduaneros Arunta S A (952392551), Sixto José Gallegos Gorvitz (984762934), Guillermo Alberto Cock Carrasco (994834399), Elena Beatriz Nolte Soto De Vega (997362158), Elena Beatriz Nolte Soto De Vega (997362160), Jon Bickel (997890694) y Glenda Maritza Elizabeth Matienzo Durand (997901740).

En ese sentido, atendiendo a los argumentos detallados en los numerales precedentes y en aplicación del Principio de Verdad Material, corresponde el ARCHIVO de la imputación a AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

2. Respecto de la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad

Determinada la comisión de las infracciones tipificadas en el: i) artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido lo señalado en el segundo párrafo del artículo 9° de la misma norma, ii) ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del RSIRT, al haber incumplido lo señalado en el artículo 16° de la misma norma, e iii) ítem 9 del Régimen de Infracciones y Sanciones del RGT, al haber incumplido lo señalado en el artículo 12° de la misma norma, corresponde que esta instancia evalúe si en el presente caso, se ha configurado las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG, como en el artículo 5 del RFIS:

i. Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento, se advierte que AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que los incumplimientos imputados se produjeron como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio.

ii. Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: en el presente procedimiento, AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que los incumplimientos imputados se produjeron como consecuencia del cumplimiento de un deber u obligación legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa.

iii. La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza este eximente, siendo que AMÉRICA MÓVIL es una persona jurídica no corresponde aplicar el citado eximente de responsabilidad en este caso.

iv. La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que los incumplimientos imputados se produjeron por el cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

v. 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 los incumplimientos imputados se produjeron por un 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.

vi. 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.

Al respecto, a efectos de la aplicación del eximente de subsanación voluntaria, deben concurrir los siguientes supuestos:

i) Cese de la conducta infractora.
ii) Voluntariedad de la subsanación, es decir, sin que medie requerimiento de la autoridad
iii) Acreditar la reversión de todo efecto derivado de la infracción.
iv) La subsanación deberá haberse producido con anterioridad a la fecha de comunicación del inicio del PAS.

Es importante señalar que, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ella ocurra, existirán incumplimientos que para ser subsanados requerirán, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma. Por otro lado, debe precisarse que existirán aquellos incumplimientos cuyos efectos resulten fáctica y jurídicamente irreversibles. Serán en estos últimos casos, donde la subsanación no resultará posible y por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

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 corresponden al administrado que los plantea.

En el presente caso, debemos señalar que AMÉRICA MÓVIL no ha remitido información con el fin de acreditar haber cesado su conducta infractora relacionada a los incumplimientos de lo establecido segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, artículo 16° del RSIRT y artículo 12° del RGT, por ende, no cabe analizar la reversión de los efectos generados.

En ese sentido, no corresponde aplicar el eximente de subsanación voluntaria.

III. DETERMINACIÓN Y GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.-

3.1 Criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG

A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248 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:

- Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción: Dicho criterio se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. 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 por las empresas operadoras para dar cumplimiento a las normas.

  Dicho criterio se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. 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.

  i. **Segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso:** En relación a este extremo, el beneficio[20] ilícito se encuentra representado por los ingresos obtenidos por parte de la empresa operadora derivados de la modificación unilateral de las condiciones contractuales de dieciséis (16) planes tarifarios SUPERcontrol, Claromax Control 45, Claromax Control 60, Claromax Control EG 45, Control 25, Control 35 Económico, Control 70, Control Económico 59, Control Económico2 109, Control Económico 2 39, Control Económico2 59, Control Económico2 79, Control Increíble 100, Control Increíble 55, Control Increíble 70 y Control Económico 39, los cuales se encontraban vinculados a trescientos cincuenta y cuatro (354) abonados.

  ii. **Artículo 16° del RSIRT:** Respecto del beneficio obtenido por la comisión de la infracción, se encuentra representado por los costos evitados por la empresa operadora a fin de contar con el personal debidamente capacitado que registre adecuadamente los incrementos tarifarios efectuados en los dieciséis (16) planes materia de imputación.

  iii. **Artículo 12° del Reglamento de Tarifas:** Respecto del beneficio obtenido por la comisión de la infracción, se encuentra representada por los ingresos obtenidos por no haber sido diligente y emplear otros mecanismos que permitan que la notificación de los incrementos tarifarios deje constancia de la recepción por parte de los abonados, o en su defecto haber realizado una actuación más diligente a efectos de poder obtener la seguridad que todos los abonados fueron notificados de los referidos incrementos.

  Asimismo, debe considerarse los costos evitados por la empresa operadora sobre una adecuada capacitación a su personal para conocer los requerimientos de la normativa al incrementarse el valor nominal de las tarifas; asimismo, por los costos evitados a nivel de su personal operativo, que debió realizar AMÉRICA MÓVIL dirigida a cumplir con la

[20] Cabe indicar que el beneficio ilícito obtenido es actualizado a valor presente utilizando como tasa de descuento el costo promedio ponderado del capital (WACC) de La Empresa y el número de meses transcurridos desde que se efectúa la detección de la infracción hasta la fecha de la estimación de la multa

obligación de utilizar un mecanismo que permita dejar constancia de los ciento noventa y tres (193) abonados.

- Probabilidad de detección de la Infracción: Este criterio está representado por la probabilidad de que la infracción sea detectada por el OSIPTEL. 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.

  i. **Segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso:** Dada la naturaleza de la infracción analizada, la probabilidad de detección de la misma es media, en tanto que la verificación dependería de contrastar la totalidad de los planes tarifarios en los cuales haya producido una modificación en las condiciones o características inicialmente contratadas, lo cual podrían no haber sido registrado en el SIRT o ser registrado de manera incorrecta, de manera que dificulte su detección; y por otra parte, este Organismo podría tomar conocimiento de indicios de un presunto incumplimiento en base a reportes de abonados afectados.

  ii. **Artículo 16° del RSIRT:** Dada la naturaleza de la infracción analizada por el cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 16° del RSIRT, la probabilidad de detección de la misma es media, en tanto que la verificación dependería de la revisión y contraste de la totalidad de registros efectuados en el SIRT, de modo que se pueda advertir que una tarifa establecida registrada como nueva se trate en realidad de una modificación tarifaria de un plan ya existente.

  iii. **Artículo 12° del Reglamento de Tarifas:** Dada o la naturaleza de la obligación incumplida, la detección de su incumplimiento es alta, toda vez que el OSIPTEL puede tomar conocimiento de ello, de la revisión de la documentación obtenida de la empresa operadora respecto del mecanismo empleado para la comunicación a sus abonados.

- La gravedad del 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.

  i. **Segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso:** Según lo dispuesto en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, AMÉRICA MÓVIL habría incurrido en una infracción leve, por el incumplimiento de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, por lo que es pasible de ser sancionada con una multa entre media (0.5) y cincuenta y un (51) UIT según lo establecido en el artículo 25° de la LDFF.

  Asimismo, cabe precisar que el referido incumplimiento vulnera el derecho que tienen los usuarios y abonados de que se respeten las condiciones contractuales que inicialmente fueron pactadas por la empresa operadora y los referidos abonados. Más aún, cuando del análisis contenido en el presente informe se desprende que no todas las

OSIPTEL M.Orozco

modificaciones de los atributos de cada plan ofrecieron beneficios a sus abonados.

ii. **Artículo 16° del RSIRT:** Según lo dispuesto en el ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del RSIRT, AMÉRICA MÓVIL habría incurrido en una infracción calificada como grave, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16° de la misma norma, por lo que es pasible de ser sancionada con una multa entre cincuenta y un (51) y ciento cincuenta (150) UIT, según lo establecido en el artículo 25° de la LDFF.

Asimismo, cabe precisar que el incumplimiento de la prohibición de registrar la modificación de una tarifa previamente registrada como una nueva tarifa, incide directamente y afecta el derecho de información de los usuarios y/o abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones, toda vez que se limita el acceso de información al usuario acerca del historial de modificaciones tarifarias que pudieran darse en el tiempo, así como conocer si se trata de una modificación de tarifas proveniente de un ajuste tarifario emitido por el OSIPTEL, o de una modificación unilateral de las condiciones del servicio.

iii. **Artículo 12° del Reglamento de Tarifas:** Según lo estipulado en el ítem 9 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Tarifas, AMÉRICA MÓVIL habría incurrido en una infracción grave, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12° de la misma norma, por lo que es pasible de ser sancionada con una multa entre cincuenta y un (51) y ciento cincuenta (150) UIT, según lo establecido en el artículo 25° de la LDFF.

Resulta preciso recordar, al no recibir la información sobre el incremento de las tarifas, se privó a los abonados de su derecho a tomar una adecuada decisión de consumo, ya sea para ajustar su consumo a las nuevas condiciones tarifarias, así como para, incluso poder tomar la decisión de concluir su relación contractual con la empresa operadora.

A efectos de realizar la comunicación a los abonados acerca de incrementos tarifarios, las empresas operadoras se encuentran obligadas a utilizar un mecanismo de notificación por medio del cual se pueda obtener dejar constancia que los abonados efectivamente recibieron la información, y para ello, no solo basta con que la empresa operadora escoge cualquier medio de notificación; sino que además, debe actuar con la diligencia debida para cumplir con la finalidad de la norma que es lograr que los abonados tengan pleno conocimiento acerca del incremento en las tarifas de los servicios públicos que fueron contratados.

- Perjuicio económico causado: En el presente caso, si bien, no existen elementos objetivos que permitan cuantificar el perjuicio económico causado; no debe dejar de valorarse que existe una afectación a los abonados a quienes se modificó unilateralmente las condiciones del servicio inicialmente pactadas (segundo párrafo del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso), y se afectó el derecho de información (artículo 16° del RSIRT y artículo 12° del Reglamento de Tarifas) al no permitir que los abonados afectados por

OSIPTEL M.Orozco

las modificaciones tarifarias efectuadas no pudieran tener conocimiento oportuno y de acuerdo a ello, tomar una adecuada decisión de consumo.

- Reincidencia en la comisión de la infracción: En el presente caso, no se ha configurado reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 247 del TUO de la LPAG.

- Circunstancias de la comisión de la infracción: En el presente corresponde indicar que AMÉRICA MÓVIL constituye una empresa operadora que ofrece servicios públicos de telecomunicaciones en el país sobre la base de un contrato de concesión firmado con el Estado Peruano, en el cual se indican los deberes y derechos a los que se supedita para su funcionamiento, por lo que conociendo y teniendo experiencia en el sector, pudo adoptar las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de este tipo de eventos, situación que no ha ocurrido en el presente caso

  No obstante ello, se advierte que AMÉRICA MÓVIL no tuvo una conducta diligente que, de haber existido, habría evitado de alguna manera el resultado producido.

  En sentido, debe precisarse que se detectó el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso, siendo que habría modificado unilateralmente las condiciones contractuales de dieciséis (16) planes tarifarios SUPERcontrol, Claromax Control 45, Claromax Control 60, Claromax Control EG 45, Control 25, Control 35 Económico, Control 70, Control Económico 59, Control Económico2 109, Control Económico 2 39, Control Económico2 59, Control Económico2 79, Control Increíble 100, Control Increíble 55, Control Increíble 70 y Control Económico 39, los cuales se encontraban vinculados a trescientos cincuenta y cuatro (354) abonados.

  Ahora bien, respecto al incumplimiento del artículo 16° del RSIRT, se detectó que AMÉRICA MÓVIL habría realizado el 6 de julio de 2018 el registro de los incrementos tarifarios como una nueva tarifa establecida respecto de dieciséis (16) planes tarifarios SUPERcontrol, Claromax Control 45, Claromax Control 60, Claromax Control EG 45, Control 25, Control 35 Económico, Control 70, Control Económico 59, Control Económico2 109, Control Económico 2 39, Control Económico2 59, Control Económico2 79, Control Increíble 100, Control Increíble 55, Control Increíble 70 y Control Económico 39.

  Respecto del incumplimiento de lo establecido en el artículo 12° del Reglamento de Tarifas, se tiene que AMÉRICA MÓVIL, en ciento noventa y tres (193) abonados, el mecanismo de notificación utilizado para comunicar el incremento tarifario a sus abonados no dejó constancia de que estos últimos hayan recibido dicha información.

- Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor: En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

3.2 Respecto de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257° 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 257° del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

I. 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.
II. Otros que se establezcan por norma especial.

Así, 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 el TUO de la LPAG.

Sobre el Reconocimiento de Responsabilidad: AMÉRICA MÓVIL no ha presentado reconocimiento expreso y por escrito sobre su responsabilidad por la comisión de las infracciones detectadas por la DFI.

Sobre el Cese y reversión de los efectos: Conforme a lo desarrollado de manera preliminar, se advierte que AMÉRICA MÓVIL no ha presentado documentos que acrediten que cesaron las conductas infractoras y se revirtieron los efectos generados por las mismas.

Sobre la Ejecución de Mejoras a fin de evitar la repetición de la conducta infractora.- La empresa operadora no ha acreditado la adopción de medidas orientadas a asegurar la no repetición de los incumplimientos

3.3 Capacidad económica del infractor

De acuerdo a lo señalado por el artículo 25 de la LDFF, las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por AMÉRICA MÓVIL en el año 2018 (considerando que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2019).

Atendiendo a 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 (en específico, a los criterios de “beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción”, “probabilidad de detección” “la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido” y “circunstancias de la comisión de la infracción”);

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador iniciado a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ SAC. por la comisión de la infracción tipificada en el literal a. del artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución**.**

Artículo 2°.- ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador iniciado a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ SAC. por la comisión de la infracción tipificada como GRAVE en el ítem 9 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Tarifas, al haber incumplido lo señalado en el artículo 12° de la misma norma, en el extremo referido a veinticinco (25) casos, correspondientes a los planes Control Increíble 70 (Max Internacional 69.90), Claromax Control 60 (Max Internacional 59.90), Control Increíble 100 (Max Increíble 99.90) y Control 70 (Max Internacional 69.90), de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°.- SANCIONAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ SAC. con una MULTA de **UNO CON 90/100 (1.9) UIT** por la comisión de la infracción tipificada como LEVE en el artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, dado que habría incumplido con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9° de la referida norma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 4°.- SANCIONAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con una MULTA de **CINCUENTA Y UN (51) UIT** por la comisión de la infracción tipificada como GRAVE en el ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento del Sistema de Información y Registro de Tarifas del OSIPTEL (SIRT), al haber incumplido lo señalado en el artículo 16° de la misma norma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 5°.- SANCIONAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con una MULTA de **CINCUENTA Y UN (51) UIT** por la comisión de la infracción tipificada como GRAVE en el ítem 9 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Tarifas, al haber incumplido lo señalado en el artículo 12° de la misma norma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 6°.- Las multas que se cancelen íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, serán reducidas en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sean impugnadas, 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 7º.- Notificar la presente Resolución a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., conjuntamente con el Informe N°014-UPS/2021.

Artículo 8º.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página web del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe), en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por:VILLAVICENCIO FERNANDEZ David Ramon FAU 20216072155 soft

DAVID VILLAVICENCIO FERNANDEZ
GERENTE GENERAL (E)

OSIPTEL M.Orozco